Das Anweisungsakzept

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer
Hohen Rechts- und Wirtschafts-
wissenschaftlichen Fakultät der
Eberhard-Karls-Universität
zu Tübingen

Vorgelegt von
Helmut Scharf aus Stuttgart
1926

Das Anweisungsakzept

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer
Hohen Rechts- und Wirtschafts-
wissenschaftlichen Fakultät der
Eberhard-Karls-Universität
zu Tübingen

Vorgelegt von
Helmut Scharf aus Stuttgart
1926

Referent: Professor Dr. Ph. v. Heck

Im Gedenken an meinen Vater
Dr. phil. Wilhelm Scharf

Inhalts-Verzeichnis

Seite

Inhalts-Verzeichnis . . . . . IV—V
Literatur-Zusammenstellung . . . . . VI—VIII
Vorbemerkung . . . . . 1— 3

Erster Teil: **Die Anweisungstheorien** . . . . . 4—31
I. Allgemeines über das Anweisungsgeschäft . . . . 4— 7
Die Form der Anweisung 4
Zweck und Bedürfnis 4
Lebensvorgang 4
Gesetzliche Regelung der Anweisung und ihrer Annahme 4
Anweisungen, die nicht im Gesetz geregelt sind, Extravaganten 5

II. Anweisungstheorien . . . . . 7—15
Kausalverhältnisse 7
Doppelmandat 8
Jussus 8
Vollmacht 9

III. Eigene Anweisungstheorie . . . . . 15—31
Geschäftsbesorgung 15
Schuldvertrag 16
Skripturobligationen 16
Vertrag auf Leistung an einen Dritten . . . 19
Erwerb des Empfängers 20
Abstraktheit 21
Die Anweisung, eine Willenserklärung 22
Begriff Ermächtigung 23
Anweisungermächtigung 24
Widerruf 26
Folgen und Wirkungen der Ermächtigungen . 27
Ermächtigung und Berechtigung 28
Aushändigung 29

Zweiter Teil: **Die Akzepttheorien** . . . . . 32—52
I. Allgemeines über Wertpapier- und Akzepttheorien 32—36
Die Anweisung ein Wertpapier 34
Anweisung und Wechsel 35

Seite

II. Wertpapier- und Akzepttheorien . . . . . 36—44
Vertragstheorien 36
Redlichkeitstheorie 39
Theorien des einseitigen Akts 40

III. Die Theorie Herbert Meyer's . . . . . 44—52
Verträge zu Gunsten Dritter im Wertpapierrecht 45
Die Form 47
Rechtsschein 48
Verpflichtungsgrund 49
Veranlassungsprinzip 50

Dritter Teil: **Die Anweisungselemente** . . . . . 53—85
I. Das Akzept, die Annahme eines Schuldvertrags . . . 54—58
Das Zustandekommen des Vertrags 56
Form 57
Geschichtliche Zusammenhänge 57

II. Der Literalkontrakt . . . . . 58—73
Schriftform 58
Literalkontrakt 59
Mündliche Anweisung 60
Der erweiterte Anweisungbegriff 61
Die Extravaganten 68

III. Der abstrakte Vertrag . . . . . 73—80
Begriff der Abstraktheit 73
Grundgeschäfte und Hilfs- und Gliedgeschäfte . 74
Ueber das Vorhandensein von Grundobligationen 74
Die titulierte Anweisung 77

IV. Der Vertrag auf Leistung an Dritte . . . . . 81—85

Vierter Teil: **Die Stellung des Angewiesenen und Akzeptanten in Fällen, wo sich das Anweisungsgeschäft nicht normal abwickelt** . . . . . 86—97

I. Allgemeines . . . . . 86—87

II. Die Einwendung des § 784 Abs. 1 . . . . . 87—91

III. Die Akzeptverpflichtung bei mangelhafter und ungültiger Anweisung . . . . . 92—97
Die gefälschte Anweisung 94

Literatur-Zusammenstellung

Adler, Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 64 1909.

Bähr, Kritisch. Vierteljahrszeitschrift Bd. 30.

Bayer, Wirkungen der Annahme der Anweisung nach dem BGB., Dissertation Heidelberg 1907.

Becker, System Bd. 2

Bernstein, Juristische Wochenschrift Nr. 14, 49. Jahrgang 1920.

Brütt, Die abstrakte Forderung 1908.

Brunner, In Endemanns Handbuch des Deutschen Handels-, See- und Wechselrechts 2. Bd. Buch 2 1882.

Cosack, Handelsrecht 1900.

Cosack, Bürgerliches Recht 1899.

Crome, System des bürgerlichen Rechts II, 2 1902.

Danz, Forderungsüberweisung und Verträge zu Gunsten Dritter 1886.

Dernburg, Bürgerliches Recht, Schuldverh. II, 2 1906.

Düringer-Hachenburg, Handelsgesetzbuch Bd. 2.

Einert, Das Wechselrecht nach dem Bedürfnis des Wechselgeschäfts im 19. Jahrhundert, 1839.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 1903.

Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts Bd. 3 Buch 3 1885.

Ennecceruş, Bürgerliches Recht II, 2 1920.

Gierke Otto, Deutsches Privatrecht 3. Bd., Schuldrecht, in Bindings Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft 1917.

Gierke Julius, Gesamtes Handels- und Konkursrecht Bd. 70 1911.

Goldmann-Lilienthal, Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil und Schuldverh. 1903.

Grünhut, Das Wechselrecht I 1897.

Grünhut, In seiner Zeitschrift Bd. 19 1892.

Heck, Archiv für Zivil-Praxis Bd. 112 und 116.

Heck, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 37 1890.

Hedemann, Fortschritte des Zivilrechts I 1910.

Heineccius, Elementa juris cambialis 1742.

Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte 1899.

Holdheim's Monatsschriften 22 1913.

Hupka, Die Vollmacht, Leipzig 1900.

Jakobi, Wertpapiere 1. Auflage 1901.

Jakobi, Die Wertpapiere in Ehrenbergs Handbuch des Handelsrechts IV. 1 1917.

Ihering, In seinem Jahrbuch Bd. 2.

Kahl, Die bürgerliche Anweisung, Erlangen 1899.

Karberg, Rechtslage des Akzeptanten einer gefälschten Anweisung im bürgerlichen Recht, Jena 1905.
Kipp-Windscheid, Pandektenrecht Bd. 2 1906.
Kisch, Gedrucktes Kollegheft 1920.
Kohler, Bürgerliches Recht II, 1 1906.
Kuntze, In Endemanns Handbuch IV, 2 1884.
Laband, Archiv für Zivil-Praxis Bd. 74.
Lagrize, Ueber die Anweisung des BGB., Jena 1906.
Laux, Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern, 3. Jahrgang Nr. 4 1907.
Lehmann O. H., Lehrbuch des deutschen Wechselrechts 1886.
Lehmann Hans, Die rechtliche Natur des Wechselakzepts nach der geltenden W.-O. und nach der künftigen Weltwechsel-Ordnung, Greifswald 1916.
Lehndorf-Preyl, Enthält die Anweisung nach § 783 BGB. eine Vollmacht? Heidelberg 1906.
Lenel, Iherings Jahrbücher Bd. 36 1896.
Lent, Die Anweisung als Vollmacht und im Konkurs, 1907.
Leonhard, Vertretung im Fahrniserwerb.
Liebe, Entwurf einer Wechselordnung für Braunschweig.
Lippmann, Wirkungen der Annahme der Anweisung nach BGB, Jena 1903.
Löwenfeld, Die Anweisung im Gesetz und im Verkehr, in Beiträge zur Kenntnis des Rechtslebens, herausgegeben von Nußbaum, Heft 3 1922.
Löwenwarter, Lehrkommentar zum BGB. Bd. 1 1924.
Mang, Die Anweisung, Erlangen 1902.
Manigk, Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte.
Matthiaß, Bürgerliches Recht I 1900.
Meyer Herbert, Das Akzept, 1918.
Meyer Herbert, Vom Rechtsschein des Todes, Festgabe für Brie, 1913.
Meyer Herbert, Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 81. Handelsregistererklärung und Widerruf der Prokura.
Neumann, Handausgabe des BGB. Bd. 1 1912.
Oertelt, Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen. 21. Jahrgang Nr. 12 1912.
Oertmann, II. Recht der Schuldverhältnisse, 1910.
Planck, BGB. II 1907.
Pezold, Die Anweisung des BGB. und die nicht durch das Gesetz geregelten Formen der Anweisung (Extravaganten), insbesondere das Dokumenten-Akkreditiv, Tübingen 1924.
Pöhl, Wechselrecht.
Preuß, Allgemeines Landrecht I.
Rechnitz, Anweisung und Inhaberpapier und ihre Wirkungen, Breslau 1906.
R. G. R.-Kommentar zum BGB. (Guttentag) 1913.
Riehl, Die Anweisung, 1908.
Rümelin, Archiv für Zivil-Praxis Bd. 97 und 98.

Salpius, Novation und Delegation nach römischen Recht.
Siegel Julius, Archiv für Zivil-Praxis Bd. 3.
Siegel Heinrich, Das Versprechen als Verpflichtungsgrund, 1873.
Sohm, Institutionen.
Schloßmann, Stellvertretung Bd. 1.
Schulz, Wie ist nach BGB. eine mündliche Anweisung und eine Anweisung auf andere als in § 783 genannte Gegenstände zu behandeln? Rostock 1902.
Simon, Die Anweisung des BGB., Leipzig 1903.
Stammler, Recht der Schuldverhältnisse.
Staudinger, II, 2 1912.
Staub, Kommentar zum BGB. II, 1920.
Staub, Kommentar zur W.-O. 8. Auflage 1912.
Strohal, In Iherings Jahrbücher Bd. 27.
Thibaut, System des Pandektenrechts, Jena 1834.
Thöl, Das Handelsrecht II. 4. Auflage 1878.
Thur, Iherings Jahrbücher Bd. 48.
Ulmer, Die direkte Anweisung im modernen Zahlungsverkehr, insbesondere das Dokumenten-Akkreditiv, Tübingen 1925/26.
Unger, Die rechtliche Natur der Inhaberpapiere, 1837.
Wendt, Das allgemeine Anweisungsrecht, 1895.
Wieland, Wert- und Legitimationspapiere, 1919.
Wieland, Archiv für Zivil-Praxis Bd. 95.
Wieland, Der Wechsel und seine zivilrechtlichen Grundlagen, 1911.
Weinberg, Vergleich zwischen den aus einem Inhaberpapier und einer Anweisung nach BGB. entstehenden Rechtswirkungen, Jena 1905.
Wienstein, Das Recht, 10. Jahrgang 1906.
Wiskemann, Die Annahme der Anweisung, Heidelberg 1910.

Vorbemerkung

I.

In letzter Zeit ist an verschiedenen Stellen geäußert worden, die zivilrechtliche Anweisung sei im Wirtschaftsverkehr fast ganz verschwunden[1]. Wenn dies auch zutrifft, so darf doch daraus nicht geschlossen werden, daß das Institut der Anweisung nunmehr bedeutungslos geworden ist, und daß man die §§ 783 bis 792 entbehren kann. Eine solche Auffassung wäre völlig irrtümlich. Denn gerade neuerdings ist das Anweisungsgeschäft wieder zu besonders großer praktischer Bedeutung gelangt. In verkappter Form, als sogenannte Extravaganten, nehmen die modernen Anweisungsgeschäfte, vor allem das Dokumenten- oder Warenakkreditiv, ein großes Gebiet im Wirtschaftsleben ein. Ihre zwar nicht ausdrückliche, deshalb bestrittene, aber eigentliche legislatorische Grundlage[2] haben sie alle in der Anweisung des bürgerlichen Rechts, deren theoretische Fundierung auch heute noch heftig umstritten ist. Eine theoretische Erörterung der zivilrechtlichen Anweisung, wie sie im Folgenden geschieht, rechtfertigt sich demnach schon wegen der Uneinigkeit der Rechtslehre über die Anweisung, welche die Basis für die praktisch bedeutungsvollen, von ihr abgeleiteten Geschäfte bildet, und auch weiterhin, weil die systematischen und historischen Fragen der Anweisung sehr interessante, juristische und logische Probleme in sich bergen.

Einen Ausschnitt aus der Fülle dieser systematischen und historischen Fragen gibt die vorliegende Schrift. Sie setzt sich rein de lege lata mit der Anweisung des Bürgerlichen Gesetzbuchs und nur mit ihr auseinander. Die hiefür gefundene Auf-

[1] Löwenfeld, Anweisung im Gesetz und im Verkehr, in „Beiträge zur Kenntnis des Rechtslebens", herausgegeben von Nußbaum, Heft 3 1922, und Löwenwarter, Lehrkommentar zum BGB. Bd. 1 1924, S. 28 unten.

[2] Pezold, a. a. O. S. 3: die Vorschriften des BGB. geben „mittelbar ein allgemeines Anweisungsrecht". Bei Ulmer, a. a. O. finden sich die Sätze: Die Anweisung des BGB. spiegle verhältnismäßig am reinsten den Anweisungsbegriff wieder. S. 24, Anm. 1; ein Oberbegriff Anweisung sei gerechtfertigt, S. 6, und die herrschende Lehre nehme keinen Anstoß an der Bildung eines mit dem gesetzlichen Typ nicht kongruierenden Anweisungsbegriffs S. 9.

fassung kann naturgemäß auf die übrigen Arten von Anweisungen, die in den letzten Jahren praktisch viel wichtiger geworden sind, eine entsprechende, teilweise hier angedeutete Anwendung finden[3].

II.

Entsprechend dem Wesen eines Vorworts, in ihm von vorne herein Bemerkenswertes vorauszuschicken, motivieren wir im Folgenden den Aufbau und die Einteilung der nachstehenden Erörterungen. Gemäß ihrer systematischen Aufgabe, nämlich das de lege lata für die Anweisung Gegebene in die juristische Systematik einzuordnen, ist dem schon 1890 von Heck aufgestellten Grundsatz Rechnung getragen[4], daß die juristischen Formeln und Begriffe keine reale Existenz besitzen, sondern nur dazu bestimmt sind, die realen Erscheinungen kurz zu bezeichnen und handlich zu ordnen, daß ihnen mithin nur systematische Bedeutung zukommt. Es darf demnach keineswegs eine Lückenergänzung durch Konstruktion eintreten, vielmehr setzt die juristische Konstruktion die Ergänzung der Rechtslücken voraus, die durch Prüfung der beteiligten Interessen zu erfolgen hat.

Eine Lückenergänzung kommt indessen für uns bei der Anweisung nicht in Frage, denn das Gesetz hat in den §§ 783 bis 792 normiert: **Regel** — das soll heißen die vollgültige Anweisung — und **Ausnahme** — damit ist die mangelhafte oder ungültige Anweisung gemeint. Letzteres ist ein pathologischer Fall. Es gibt aber auch pathologische Erscheinungen, d. h. nicht normale Geschäftsabwicklungen, wenn eine vollgültige Anweisung

[3] In diesem Zusammenhang sei hingewiesen auf zwei neuere Dissertationen, auf die Pezold'sche: Die Anweisung des BGB. und die nicht durch das Gesetz geregelten Formen der Anweisung (Extravaganten) insbesondere das Dokumentenakkreditiv, Tübingen 1924, und auf die Ulmer'sche: Die direkte Anweisung im modernen Zahlungsverkehr, insbesondere das Dokumentenakkreditiv, Tübingen 1925/26. Die erste, eine im Wesentlichen praktische Untersuchung, die im großen Ganzen die gleiche Konstruktion hat, aber nicht ganz die gleichen praktischen Ergebnisse, wie sie hier gefunden werden, setzt dort ein, wo wir aufhören und kann insofern eine Fortsetzung der vorliegenden Schrift genannt werden. Die zweite, die von der Pezold'schen und der hier vertretenen Ansicht erheblich abweicht, unternimmt es mittelst beachtenswerter Wertung der Rechtsfolgen- und Interessengleichheit aller Anweisungsarten und unter reicher Variierung von Tatbeständen einen Anweisungsoberbegriff zu bilden und auf die Extravaganten anzuwenden.

[4] Heck, in Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 37 S. 277.

vorliegt. Alles das ist nahezu erschöpfend geregelt. Es gibt unseres Ermessens keine wesentlichen Lücken bei der Anweisung des BGB., höchstens solche, die bei der Konstruktion außer Acht gelassen werden können.

Die systematische Erfassung der Anweisung erfordert aber zwei verschiedene Konstruktionen, eine Formel für den Normalfall und dessen pathologische Konstellationen und eine weitere Formel für den Ausnahmefall.

Hieraus und aus dem Umstand, daß man von zwei großen Gruppen von Lehrmeinungen für das Anweisungsgeschäft reden kann, ergibt sich die Einteilung dieser Schrift, deren **erster Teil** bei der **Betrachtung der** sogenannten **Anweisungstheorien** die **eigene Konstruktion des Regelfalls** angibt. Der **zweite Teil** bespricht die Wertpapier- und sogenannten **Akzepttheorien** und stellt die **Konstruktion für den Ausnahmefall** fest. Der **dritte Teil** beschränkt sich im Wesentlichen auf die eigene Theorie des Regelfalls und dessen **terminologische** und **systematische Einordnung in** den Komplex der Begriffe des **BGB.** und der **vierte Teil** enthält eine **Zusammenfassung und Anwendung der beiden** gefundenen **Formeln** auf den Ausnahmefall und auf die pathologischen Erscheinungen, die im Regelfall, bei der vollgültigen Anweisung, sich ergeben können.

Aus den Ausführungen des ersten und zweiten Teils geht die relative Berechtigung der bisher aufgestellten Theorien hervor, auf die Heck, soweit es die Theorien des Wertpapierrechts betrifft, schon 1890 hingewiesen hat[5]. Diese beiden Teile enthalten insofern historische Erörterungen, als sich aus ihnen beiläufig der entwicklungsvolle Wandel in der Auffassung der letzten 50 Jahre bis zur Herbert Meyer'schen Ansicht[6] ergibt, der wir übrigens in der Hauptsache folgen.

[5] In Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 37 S. 277.

[6] Vergleiche Herbert Meyer, „Das Akzept". Weiterhin seine Schrift über „Das Publizitätsprinzip" u. die Festgabe für Brie, „Der Rechtsschein des Todes".

Erster Teil

Die Anweisungstheorien

I. Allgemeines über das Anweisungsgeschäft

Die Form der Anweisung

Zweck und Bedürfnis

„Das Bedürfnis, welchem die moderne Anweisung ihre Entstehung verdankt und dient, ist wesentlich die Erleichterung von Auszahlungen im Interesse des Verkehrs. Sie ist, wie der Wechsel, ein selbständiges, aus dem Verkehrsleben herausgewachsenes Institut." So sagen die Motive Band II, Seite 557 und ihnen stimmen Planck, Endemann, Weyl, Kuhlenbeck u. a.[7] bei.

Lebensvorgang

Die von den Motiven betonte Verkehrserleichterung als Zweck des modernen Anweisungsgeschäfts zeigt sich deutlich bei der Betrachtung eines Lebensvorgangs, der die Basis der Anweisung bilden kann. Gewöhnlich, aber durchaus nicht immer, liegen der Anweisung Kausalverhältnisse zugrunde. Auf Grund solcher fordert dann z. B. eine Person A, die einen Gläubiger C und einen Schuldner B hat, letzteren auf, an C statt an ihn zu zahlen. Es soll demnach eine Leistung und eine Entgegennahme an die Stelle von zwei Leistungen und zwei Entgegennahmen treten. Darin liegt jene im Verkehr wünschenswerte Erleichterung von Auszahlungen[8], die die Anweisung gewährt.

Gesetzliche Regelung der Anweisung und ihrer Annahme

Die Anweisung ist gesetzlich normiert im 21. Titel des BGB. Dort finden wir in § 783 ihren Begriff, Inhalt, Umfang und die Art ihrer Vornahme geregelt. Darnach ist für sie vorausgesetzt, daß sie schriftlich erfolgt und sich auf Geld, Wertpapiere und andere vertretbare Sachen bezieht[9]. Es sind bei ihr drei Personen, ein Anweisender, ein Angewiesener und ein Anweisungsempfänger, beteiligt, die alle tätig werden müssen. Das ganze

[7] Planck, S. 863; Endemann, S. 875; Weyl, S. 504; Kuhlenbeck, S. 240.

[8] Das allerdings erst mit der effektiven Leistung des Angewiesenen an den Empfänger, nicht bereits mit der Annahme (Annahme ist keine Zahlung).

[9] Ueber mündliche Anweisung und Anweisung auf Leistung nicht vertretbarer Sachen siehe unten im dritten Teil.

Anweisungsgeschäft geht vom Anweisenden aus. Seine Tätigkeit — es sind dies zwei Handlungen — ist die Voraussetzung für alles Folgende. Dami überhaupt eine Wirkung eintritt, muß er einmal eine Urkunde ausstellen, inhalts deren er den Angewiesenen zu einer Leistung an den Anweisungsempfänger auffordert oder, wie das Gesetz sagt, „anweist". Dann muß er die Urkunde dem Anweisungsempfänger aushändigen. Jetzt erst, nachdem dies geschehen, haben wir eine fertige Anweisung. Ihr Erfolg ist, daß einerseits der Angewiesene ermächt ist, „für Rechnung" des Anweisenden an den Empfänger zu leisten (Leistungsermächtigung) und andererseits letzterer ermächtigt ist, „in eigenem Namen" die Leistung zu erheben (Empfangsermächtigung). Lediglich Ermächtigungen sind also die Folge der Anweisung, aber keineswegs Rechte oder Pflichten[10].

Solche entstehen erst mit der **Annahme,**[11] die nach § 784 auch vor der Aushändigung geschehen kann. Mit ihr wird die Anweisung zu einer wirksamen Wirklichkeit. Der Angewiesene ist durch sie verpflichtet, an den Empfänger gemäß der Anweisung zu leisten und im Weigerungsfall kann der Empfänger, gestützt auf das Akzept, gegen ihn klagen.

Das ist in nuce das, was uns von den gesetzlichen Bestimmungen über das Anweisungsgeschäft zunächst für erwähnenswert erscheint. Die übrigen Einzelheiten ergeben sich im Laufe der Untersuchung von selbst. Aus dem Bisherigen aber sehen wir, daß sich das Anweisungsgeschäft aus der Anweisung selbst und ihrer Annahme zusammensetzt. Mit diesen beiden Teilen, sie beinahe ausnahmslos trennend, d. h. mit jedem Teil für sich, beschäftigen sich nun die verschiedenen Autoren. Die Folge ist, daß man ihre Lehren in Anweisungs- und Akzepttheorien trennen kann.

Anweisungen die nicht im Gesetz geregelt sind. Extravaganten

Die eine Art der genannten Theorien, die Anweisungstheorien, bezieht sich indessen nicht allein auf die Anweisung des BGB. Vor allem die älteren Repräsentanten dieser Lehren geben ein allgemeines Anweisungsrecht, naturgemäß schon deshalb, weil zu ihrer Zeit noch kein BGB. vorhanden war. Aber auch die modernen Autoren setzen sich mit den übrigen Anweisungsgeschäften auseinander, denn diese haben in wesentlichen Punkten eine große Aehnlichkeit mit der zivilrechtlichen

[10] Abgesehen allerdings von der Anzeigepflicht des Empfängers.

[11] Wir setzen Annahme und Akzept im Folgenden gleich.

Anweisung. Teilweise bestreiten sie zwar, daß man von einem allgemeinen Anweisungsrecht sprechen könne, und wollen daher alle nicht im Gesetz geregelten Anweisungsformen unter andere rechtliche Gesichtspunkte bringen. Wir berühren später diese Fragen, die an der Grenze unserer Aufgabe liegen, und beschränken uns zunächst auf die Aufzählung der übrigen Arten von Anweisungen.

Für alle Anweisungsgeschäfte gilt, daß sie der von den Motiven hervorgehobenen Verkehrserleichterung dienen und in fast allen Fällen als Zahlungsmittel gebraucht werden[12]. Das ist am offensichtlichsten beim Scheck und beim Wechsel. Beide sind durch Sondergesetze geregelt. Neben ihnen gibt es noch eine Anzahl Anweisungen im weiteren Sinne, die Extravaganten, so genannt, weil sie in ihrer Form von der gesetzlichen Regelung abweichen. Sie extravagieren insofern, als bei ihnen die Schriftlichkeit, die Begebung an den Empfänger und die Vertretbarkeit der Leistung, also drei der oben aufgezählten Merkmale der Anweisung, fehlen können. In der Hauptsache sind es folgende Geschäfte: die mündliche Anweisung, die „unmittelbare", dem Angewiesenen direkt ausgehändigte Anweisung, die auf nicht vertretbare Sachen gerichtete und die titulierte Anweisung[13]. Was darunter zu verstehen ist, ergibt sich aus den Bezeichnungen. Nur eine besondere Form der unmittelbaren Anweisung, das Dokumenten- oder Warenakkreditiv, welches praktisch das bedeutsamste Geschäft aus der Reihe der Extravaganten ist, weil es im Export- und Importhandel in den letzten Jahren sehr häufig verwendet wird, sei kurz erläutert. Diese neue Geschäftsart ist herausgeboren aus dem Wunsch, bei Finanzierungen eine größere Sicherstellung für den Gläubiger zu erreichen, als es durch Pfand- und Zurückbehaltungsrecht geschehen kann. Es wird vorgenommen im Zusammenhang mit Kauf- und Werklieferungsverträgen und zwar dergestalt, daß der Käufer oder Besteller die Rolle eines Anweisenden einnimmt und der Verkäufer oder Unternehmer die eines Empfängers. Der Kaufpreis wird vom Käufer für den Lieferanten bei einer Bank, der Akkreditivstelle, in der Weise sichergestellt, daß er dort ein Ak-

[12] Bei der Anweisung des BGB. ist Hauptzweck der Zahlungsaustausch, bei den Extravaganten überwiegt der Zahlungsvermittlungszweck.

[13] Auch die Postanweisung und die Giroumschreibung wird zu den Extravaganten gerechnet; vergl. Ulmer, a. a. O.

kreditiv eröffnet, durch das der Verkäufer ermächtigt ist, die bereitgestellte Summe zu erheben (Empfangsermächtigung), wenn er der Bank die kaufmännischen Dispositionspapiere oder Frachtbriefduplikate vorlegt. Die Bank nimmt die Stellung eines Angewiesenen ein. Sie ist ermächtigt, an den Verkäufer gemäß dem Inhalt und den Bedingungen der Akkreditivabrede zu zahlen (Leistungsermächtigung). Eine Verpflichtung der Akkreditivstelle zur Leistung entsteht aber erst mit ihrer Bestätigung des Akkreditivs an den Lieferanten. Diese Bestätigung ist das Akzept dieses Anweisungsgeschäfts.

Wir finden also auch beim Dokumenten-Akkreditiv Anweisungsermächtigungen und eine Art Akzept vor. Genau so ist es bei den anderen Extravaganten, die wir im Laufe der Untersuchung speziell im dritten Teil der Arbeit, näher erörtern werden. Vorerst genügt ihre Aufzählung, die Hervorhebung, daß sie auch Doppelermächtigungen und eine Art Akzept enthalten und die Feststellung, daß die Anweisungstheorien, die nun besprochen werden, die Extravaganten größtenteils einbeziehen.

II. Anweisungstheorien

Kausalverhältnisse

Wir haben schon oben gesagt, daß der Anweisung regelmäßig[14], aber nicht notwendigerweise, Kausalverhältnisse zwischen Anweisendem und Anweisungsempfänger einerseits (Valutaverhältnis) und zwischen Anweisendem und Angewiesenen andererseits (Deckungsverhältnis) — sie können in einer cause solvendi, credendi und donandi bestehen — zugrundeliegen. Sie selbst aber ist von diesen losgelöst. Das geht hervor aus dem Umstand, daß nach der gesetzlichen Definition die Urkunde ihrer gar keine Erwähnung tun muß und sogar die Beteiligten häufig gar nicht darüber aufgeklärt sind[15].

Außerdem sind auch nach § 784 bei der Annahme dem Angewiesenen keine Einwendungen aus den Grundverhältnissen

[14] Brütt, a. a. O. S. 170, ist der Ansicht, daß nicht notwendigerweise eine Beziehung zwischen Anwesendem und Angewiesenem vorhanden sein muß. Wir werden darüber noch unten im dritten Teil ausführlich zu sprechen haben.

[15] Siehe dazu die Ansicht Lenels unten. Ob das Nichterwähnen der causa mit ein Kriterium der Anweisung ist und ob auch eine titulierte Anweisung als Anweisung im gesetzlichen Sinne gelten kann, darüber unten dritter Teil und Thur, a. a. O. S. 10 ff.

gestattet[16]. Die Anweisung ist also abstrahiert[17] von ihren Grundverhältnissen; d. h. sie ist abstrakt[18].

Doppelmandat

Als erster hat, soweit wir ersehen, Salpius auf die reine, abstrakte Anweisung hingewiesen. Die unausgebaute Idee hatte schon vor ihm die gemeinrechtliche Theorie des Doppelmandats, vertreten von Thöl[19] und Pöhl[20]. Sie hielt die Anweisung, oder wie man damals sagte, die Assignation für die Kombination eines Zahlungs- und Einkassierungsmandats, die unabhängig von den zugrundeliegenden Verhältnissen sei[21]. Die Gegner[22] dieser Konstruktion rügten an ihr vor allem, daß sie dem wirtschaftlichen Tatbestand nicht gerecht werde. Einmal fehle der Zusammenhang bzw. ein verbindendes Rechtsgeschäft, das die beiden von einander unabhängigen Mandate zu einem einheitlichen Rechtsgeschäft gestalte, dann geschehe die Anweisung häufig in rem propriam des Empfängers und das sei mit einem Mandat nicht vereinbar[23].

Jussus

Im Gegensatz zur Doppelmandatstheorie steht die Jussustheorie. Sie sieht in der Anweisung ein selbständiges Institut ohne irgend welche Anlehnung an den Auftrag. Die Anweisung beruht auf einem Jussus, einer einseitigen Willenserklärung, die für den jubens unmittelbar rechtliche Folgen zeitigt, wenn die Anweisung befolgt wird, und das ohne Dazwischenkunft eines obligatorischen Kontrakts zwischen Anweisendem (jubens)

---

[16] Darüber siehe unten dritten Teil und vor allem vierten Teil.

[17] Die Absraktheit betonen auch die Protokolle zum BGB.

[18] Näheres siehe unten und im dritten Teil.

[19] Thöl, Handelsrecht, 6. Auflage Band I.

[20] Pöhl, Wechselrecht.

[21] Ueber Einzelheiten herrscht Streit. – Nach Pöhl kassiert beim Inkassomandat der Mandatar eine Summe zum Inkasso ein. Diese Einkassierung muß er rechtzeitig und gewissenhaft betreiben. Gleichgültig sei, ob er sie vornehme zum eigenen oder zu des Mandanten Vorteil. – Laband erörtert die hier behandelte Frage bei Gelegenheit der Einführung des BGB. Er hält dafür, daß Anweisungsempfänger und Angewiesener gegenüber dem Anweisenden Beauftragte seien; untereinander seien sie, der eine zur Zahlung, der andere zur Erhebung ermächtigt.

[22] Salpius, a. a. O.; Wendt, a. a. O. S. 70; Lenel, a. a. O.; Dernburg, Pandekten II.

[23] Kein Beweis für die Richtigkeit dieser Theorie ist der § 789 (Anzeigepflicht), da die im § 624 BGB. 2. Lesung stehenden Worte „wie ein Beauftragter" später gestrichen wurden.

und Angewiesenem[24]. Erwähnenswert ist noch, daß die wesentlichsten Repräsentanten: Salpius, Wendt und Windscheid[25] den Begriff jussus ganz verschieden definieren. Jedenfalls muß bei allen eine gewisse Machtbefugnis des Anweisenden als Grundlage des jussus vorliegen, die man aber nur dann annehmen kann, wenn bereits Schuldverhältnisse vorhanden sind. Das ist aber nur bei der Anweisung auf Schuld der Fall. Soll erst ein Schuldverhältnis begründet werden, wie z. B. bei der Kreditanweisung, so versagt die Jussuskonstruktion.

Während die bisher behandelten Theorien heute nur noch wenig Erörterung finden, wird eine neuere Theorie der Anweisung lebhaft besprochen. Es ist das die Vollmachtstheorie. Sie beginnt mit Lenel's Lehre von der „Vollmacht und Stellvertretung“[26]. Nach ihm herrscht eine vollständige Uebereinstimmung zwischen Vollmacht und Anweisung[27]. Die Anweisung stelle geradezu den Prototyp der Vollmacht dar. Die Zahlungsanweisung (Anweisung auf Schuld) sei „die Inkassovollmacht, gar nichts weiter als diese“. Das sei begründet darin, daß die Vollmacht ihrem eigentlichsten Wesen nach keine Erklärung an den Bevollmächtigten, sondern an den beteiligten Dritten sei, wie man sie auch in der Anweisung vor sich habe. Die Anweisung wende sich ja an den Angewiesenen und tue diesem die Bevollmächtigung des Empfängers kund. Auch ein Inkassobevollmächtigter, der im Namen seines Vollmachtgebers empfängt, erwerbe das Empfangene keineswegs notwendig für diesen. Das bestimme sich ganz nach dem zugrundeliegenden Rechtsverhältnis. Erwerbe er für sich selbst, so sei er Stellvertreter nur in Bezug auf das Kausalverhältnis, das mit der Leistung an ihn „geknüpft oder gelöst“ werden solle. Einen besonderen Stützpunkt seiner Ansicht glaubt Lenel in den Worten des Anweisungstextes „für meine Rechnung“ zu finden. Es sei das für den Angewiesenen ein Hinweis auf das Deckungsverhältnis. Wohl geschehe dessen Leistung in eigenem Namen, aber nur

Vollmacht

---

[24] Salpius, Novation und Delegation nach römischem Recht. S. 51 ff.

[25] Siehe dazu Wendt, allgemeines Anweisungsrecht S. 15 ff. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts § 412 S. 575 ff.

[26] In Iherings Jahrbücher Bd. 36, S. 113 ff. Seiner Auffassung stimmte ursprünglich Oertmann (I. Auflage) zu; in seiner II. Auflage gab er sie auf.

[27] Dogmengeschichtlich habe ja auch die Anweisung jahrhundertelang das Geschick der Vollmacht geteilt. Beide hielt man für Mandate.

in Anrechnung auf das Deckungsverhältnis. Die übliche Aufnahme der Deckungsklausel in die Urkunde sei eben dadurch begründet, daß der Angewiesene durch sie erfahre, seine Leistung habe eine gewisse Wirkung bezüglich des Grundverhältnisses.

Die Urkunde erfüllt nach ihm außerdem noch einen weiteren Zweck. Die gleichen Worte „für meine Rechnung", die dem Angewiesenen die Anrechnung seiner Leistungen im Kausalverhältnis zwischen ihm und dem Anweisenden vor Augen halten, setzen auch den Empfänger in Kenntnis von seiner Stellvertretereigenschaft[28]. Er empfängt als Stellvertreter, quoad solutionem, und erwirbt auf Grund des Valutaverhältnisses[29] Besitz an der ihm gegenüber als dem Vertreter bewirkten Leistung, quoad acquisitionem.

Die Kreditanweisung hält Lenel ebenfalls für ein Nebeneinander von „Stellvertretung und Für-sich-selbst-Handeln". Das Kreditversprechen nehme der Empfänger „als ein auf die Anweisung gegebenes" in eigenem Namen entgegen; der Angewiesene gebe es „in der offenen Absicht" ab, eine Wirkung auf das Deckungsverhältnis hervorzurufen. Diese Absicht eigne sich der Empfänger durch Entgegennahme des Versprechens an und deshalb sei er Stellvertreter. Die Vollmacht zu dieser Stellvertretung entnehme er der Anweisungsurkunde.

Gegen Lenel's Lehre wurden viele Gründe geltend gemacht[30], die wesentlichsten wohl von Thur. Seine bedeutungsvollen Einwände in „Zur Lehre von der Anweisung"[31] haben ihren Endpunkt im Nachweis, daß Lenel die Abstraktheit der Anweisung ungenügend berücksichtigt. Er hat damit recht. Die von Lenel

---

[28] Dabei brauche er über die causa zwischen Anweisendem und Angewiesenem nichts Näheres zu wissen. Es genüge das Bewußtsein, als Vertreter des Anweisenden zu handeln. Der Umstand, daß der Empfänger häufig über das Deckungsverhältnis gar nicht orientiert sei, wird für Lent, „Die Anweisung als Vollmacht und im Konkurs" S. 42, Grund dazu, dem Empfänger als Bevollmächtigten eine rein passive Rolle zuzuweisen und ihn als bloßen Boten aufzufassen.

[29] Fehle eine Valutaabrede, so sei der Emfpänger gestor des Anweisenden. Das Gestionsverhältnis werde zum Valutaverhältnis, könne aber später geändert werden.

[30] Schon vor Lenel's Aufstellung der Vollmachtstheorie sprach Wendt, a. a. O. S. 20 ff., sich gegen die Annahme einer Vollmacht aus. Ein wesentlicher Gegner nach ihm ist vor allem Hupka in „Die Vollmacht", Leipzig 1900.

[31] In Iherings Jahrbbücher Bd. 48. S. 1 ff.

gefundene Aehnlichkeit der Anweisung mit der Vollmacht, die — wie wir oben sahen — geradezu in einer Gleichsetzung dieser beiden gipfelt, beruht auf einer Vermengung der Kausalverhältnisse mit der Anweisung selbst. Insofern, als der Empfänger die Leistung des Angewiesenen, die dieser für Rechnung des Anweisenden bewirkt, empfängt, wobei die causa accipiendi in den Beziehungen des Anweisenden zum Angewiesenen liegt, kann man zwar von einer Aehnlichkeit mit der Stellvertretung reden, aber nur wenn man die Grundverhältnisse in Betracht zieht. Läge tatsächlich Stellvertretung vor, so würde der Angewiesene solvendi causa leisten und der Empfänger das Geleistete als Erfüllung der fremden Forderung empfangen[32]. Das ist aber nicht der Fall. Der Angewiesene leistet nur in Befolgung der Anweisung und wird befreit von der ihr zugrundeliegenden Schuld nicht durch Erfüllung, sondern durch ein „Surrogat der Erfüllung". Anweisender und Angewiesener haben „durch Erteilung und Befolgung der Anweisung verabredet, daß die Zahlung" an den Empfänger „der normalen Erfüllung der Schuld", an den Anweisenden „gleichwertig sein solle, eine Verabredung, die auf einer Stufe mit der Vereinbarung einer datio in solutum steht"[33]. Ebenso empfängt auch der Empfänger die Leistung in eigenem Namen gemäß der Anweisung. Würde er in Gemäßheit des Grundverhältnisses zwischen Anweisendem und Angewiesenem die Leistung erheben, wie bei der Inkassovollmacht, so wäre der Schuldner (Angewiesener) zur Leistung verpflichtet und er käme sogar in Verzug, wenn er die Leistung verweigern würde[34]. Hiervon ist aber bei der Anweisung keine Rede. Ob er leisten will oder nicht, steht ganz in seinem Belieben. Er ist in seinem Entschluß objektiv vollkommen unabhängig vom Grund-

[32] Bei der Anweisung darf und braucht sich der Empfänger um eine etwaige Schuld des Angewiesenen nicht zu kümmern, ne curiosus videatur. Thur, a. a. O. S. 8.

[33] So Thur, a. a. O. S. 9. An einer andern Stelle sagt Thur dasselbe mit andern Worten: Der Angewiesene bezahle lediglich eine Summe und nicht, wie bei der Vollmacht, seine Schuld. — Aehnlich auch Hupka: „Indem der Angewiesene zu erkennen gibt, daß er auf Grund einer Anweisung leiste, bezeichnet er die förmliche Veranlassung seiner Leistung an den Delegatar, nicht aber den materiellen Zweck, den er mit der Erfüllung der Anweisung dem Delegaten gegenüber verfolgt."

[34] Auf Leistung klagen könnte bloß der Gläubiger, nicht der Inkassobevollmächtigte.

verhältnis. Eine andere Ansicht würde gegen den Sinn des § 787, II verstoßen, wonach der Angewiesene dem Anweisenden gegenüber nicht schon deshalb zur Annahme der Anweisung oder zur Leistung an den Empfänger verpflichtet ist, weil er Schuldner des Anweisenden ist[35].

Außer Lenel hat sich auch Wieland für die Vollmachtskonstruktion erklärt[36]. Ihm gegenüber gilt das gegen Lenel Vorgebrachte in gleichem Maße. Weil er ebenfalls und zwar ausdrücklich die Abstraktheit der Anweisung leugnet, gibt er seinen Gegnern eine wirksame Handhabe gegen sich. Zum Aufbau seiner Theorie benützt er, wie die meisten Autoren auf ihren Gebieten, das ihm als brauchbar Erscheinende aus der Lehre seiner Vorgänger. So übernimmt er von Lenel den Gedanken, daß die Anweisung eine Inkassovollmacht sei, und erweitert ihn zu einer Doppelvollmacht, einer Vollmacht zum Empfang von einem Dritten und einer Vollmacht zu zahlen an einen Dritten. Die Bezeichnung „Doppelermächtigung" vertauscht er, um eine Mehrdeutigkeit zu vermeiden, mit einer Doppelanordnung, wobei er den Wendt'schen Jussusbegriff verwendet[37].

Die Anweisung ist nach ihm ein die Zuwendung an den Ermächtigten vermittelndes Rechtsgeschäft, das die Ermächtigung zum Leistungsempfang in sich schließt. Dieser Ermächtigung zum Leistungsempfang liegt regelmäßig eine Empfangs- und eine Zahlungsvollmacht zugrunde. Erstere ist gleichbedeutend mit der dem Dritten (Angewiesenen) erteilten Genehmigung, statt an den Ermächtigenden, an den Ermächtigten (Empfänger) zu leisten; letztere ist identisch mit der dem Ermächtigten erteilten Genehmigung, das Geleistete auf seine Forderung gegenüber dem Ermächtigenden anzurechnen. Dabei sei es ohne Einfluß „ob die Leistung oder der Empfang der Leistung in eigenem Namen (Anweisung) oder im Namen des Ermächtigenden (Einzugsermächtigung) geschehen soll".

Wieland begreift also die Vollmacht in weiterem Sinn, als es allgemein üblich ist. Auch die Einwirkung auf die Rechts-

[35] Uebereinstimmend damit entscheidet auch die Literatur.

[36] Wieland: „Der Wechsel und seine zivilrechtlichen Grundlagen" (1901) und „Die Ermächtigung zum Leistungsempfang" im Archiv für Zivil-Praxis, Bd. 95, S. 161 bis 233.

[37] Archiv für Zivil-Praxis Bd. 95, S. 168: Die Anweisung sei eine Doppelanordnung und zwar machen der dem Angewiesenen und der dem Empfänger erteilte jussus in gegenseitiger Bezugnahme zu einander die Anweisung aus.

beziehungen des Geschäftsherrn durch Handeln in eigenem Namen schließt für ihn eine Vertretereigenschaft nicht aus. Da beide, der Empfänger und der Angewiesene, Vertreter sind und in eigenem Namen handeln, so kann der eine sich persönlich durch das Akzept berechtigen lassen und unmittelbar Eigentum erwerben, der andere ohne weiteres Eigentum auf den Empfänger übertragen. Auf diese Weise gelingt es Wieland, für den Eigentumserwerb des Empfängers einen systematischen Gesichtspunkt zu finden. Er verstößt damit allerdings gegen das geltende Recht, das kein fremdes Forderungsrecht durch ein vom Vertreter in eigenem Namen abgeschlossenes Rechtsgeschäft erlöschen oder entstehen läßt, erreicht aber auf der anderen Seite gegenüber Lenel's Vollmachtskonstruktion einen großen Vorteil. Dieser hielt ganz allgemein die causa des Erwerbs oder, wie Thur sich ausdrückt, die causa tradendi als maßgebend für den Eigentumserwerb. Eine Ausnahme von diesem Prinzip sah er nur vor für den Fall der Vollmacht in rem suam, also z. B. für die Anweisung[38]. Hier gehe das Eigentum auf den Vertreter direkt über, auch ohne daß der Schuldner, der seinem Gläubiger leisten will, etwas davon weiß. Das sei angängig, weil er lediglich von seiner Schuld befreit sein wolle und es ihm „normalerweise ganz gleichgültig sei", wer erwerbe.

Ganz abgesehen von dem Widerspruch, der darin liegt, daß einerseits für den Eigentumserwerb die Verabredungen im internen Verhältnis zwischen Vertreter und Geschäftsherrn entscheidend und genügend sind, und andererseits der Vertreter sich persönlich durch das Akzept die Leistung versprechen lassen kann[39], sieht Thur mit Recht im Erstangeführten einen Rückfall in die von Lenel bekämpfte Ansicht, daß der Eigentumserwerb von dem Willen des Empfängers abhängt. Nach richtiger Ansicht ist die Tradition ein der Regel des § 164 unterfallender Vertrag[40] und deshalb handelt der Vertreter nicht bloß bezüglich des

[38] Abgesehen von dem § 855; hierzu siehe Lenel, a. a. O. S. 61 ff.

[39] Lenel legt, um die Entgegennahme des Akzepts rechtlich begründen und seiner Theorie einordnen zu können, eine weitere Vollmacht zur Entgegennahme des Akzepts in die Anweisung.

[40] Leonhard, „Vertretung im Fahrniserwerb" und Manigk, „Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte": Der Einzugsbevollmächtigte handelt bei der Tradition im Namen des Gläubigers, dessen Forderung er ausübt, und deshalb trifft auch die Wirkung der Eigentumsübertragung in der Person des Gläubigers ein.

Deckungsverhältnisses (des obligatorischen Rechtsgeschäfts), sondern auch bezüglich der Vollzugsleistung (des dinglichen Aktes) nur für seinen Geschäftsherrn. Soll aber der Vertreter unmittelbar Eigentümer werden, so muß auf seiner und auf der Seite des Schuldners der Willen dazu verhanden sein. Andernfalls kommt keine Einigung zustande.

Obwohl die Vollmachtskonstruktion aus den angegebenen Gesichtspunkten heraus überhaupt abzulehnen ist, ist es doch erwähnenswert, daß sich, wie auch Thur S. 43 ff. anführt, ein Ausweg, bzw. Umweg finden läßt, um den Eigentumserwerb des Vertreters juristisch zu begründen. Es sind dafür zwei Möglichkeiten gegeben: Entweder man nimmt an, daß die Einigung antecipando vor dem Besitzerwerb des Vertreters zwischen diesem und dem Geschäftsherrn vereinbart wird, oder man stellt sich den Vorgang so vor, daß das Eigentum „durch die Person" des Gechäftsherrn dem Vertreter zukommt, wobei der Geschäftsherr im selben Augenblick anfängt und aufhört, Eigentümer zu sein (Durchgangstheorie). In beiden Fällen geht dann das Eigentum, das der Schuldner dem Gläubiger überträgt, durch brevi mani traditio vom Vertretenen auf den Vertreter über (§ 929 II).

Welche von diesen beiden Möglichkeiten mehr für sich hat, mag und kann, weil es für uns unwesentlich ist, dahingestellt bleiben; jedenfalls sind beide auf die Anweisung nicht anwendbar, denn bei ihr erlangt der Empfänger Eigentum an der geleisteten Sache nicht auf Umwegen, sondern direkt vom Angewiesenen. Daraus und aus dem Vorhergehenden erhellt, daß auch Lenel nicht zufriedenstellend das Phänomen einzuordnen vermag, inwiefern eine direkte Zuwendung des Angewiesenen an den Empfänger eine Wirkung auf das Deckungsverhältnis auszuüben im Stande ist. Wieland gelingt dies allerdings, aber auf Kosten der gesetzlichen Auffassung der Vollmacht. Lent, der teilweise eine Zwischenstellung zwischen beiden Schriftstellern einnimmt, läßt sich, wie er betont, durch die Ausdrucksweise des Gesetzes in seiner Ueberzeugung nicht irre machen. Für unsere Konstruktion, wie im Folgenden zu zeigen sein wird, ist es vollkommen gleichgültig, wie man über die Frage denkt, ob die Vollmacht nur ein Handeln in fremdem Namen zuläßt, oder ob der Begriff Vollmacht auch in Fällen, wo der Vertreter in eigenem Namen handelt, anwendbar ist.

Zu erwähnen ist noch, daß Hellwig für seine Theorie der Anweisung ebenfalls den Begriff Vollmacht verwendet[41], und daß die meisten übrig bleibenden Autoren in der Hauptsache sich damit begnügen, die Paragraphen über die Anweisung zu erläutern, ohne sich tiefer auf die Frage nach ihrer rechtlichen Natur einzulassen.

III. Eigene Anweisungstheorie

Die vorstehende kurze Erörterung beschäftigte sich mit jenem Teil der Anweisungstheorien[42], die im großen Ganzen die Anweisung vom Akzept getrennt behandeln und diesem keine essentielle Bedeutung für jene zukommen lassen. Im Folgenden entwickeln wir nun die Anweisung nach unserer eigenen Ansicht.

Geschäftsbesorgung

Wie schon oben gesagt wurde, fundieren die meisten Autoren ihre Ansicht mit dem ihnen als brauchbar Erscheinenden aus der Lehre ihrer Vorgänger[43]. Wir sind genötigt, diesen Gemeinplatz, der sich in allen Wissenschaften zeigt, für uns selbst zu wiederholen. Wir ebenfalls, in Nachfolge von Herbert Meyer's Ausführungen, mit deren Beweisführung und Ausbau wir uns, weil wir sie für richtig halten, begnügen müssen, entnehmen den oben angeführten Theorien manches zu unserer Konstruktion. So finden wir — um damit zu beginnen —, daß der alten Mandatslehre[44] in gewissem Sinne beizustimmen ist. Schon Thur[45] sagt dazu: „Die ältere Theorie hat die Anweisung als Zahlungsauftrag bezeichnet, gewiß mit Unrecht, denn die Anweisung erzeugt nicht wie das Mandat eine Verpflichtung zur Zahlung, es entsteht keine aktio mandati directa, wenn der Angewiesene die Anweisung nicht befolgt. Aber die Reaktion, die seit Salpius[46] eingesetzt hat, ist zu weit gegangen, indem sie jede Ver-

[41] Ueber ihn unten im dritten Teil.

[42] Wir unterscheiden zwischen Anweisungs- und Akzepttheorien. Ueber letztere wird im zweiten Teil eingehend zu handeln sein.

[43] Dieser Satz — um dies nebenbei zu bemerken — der seiner Formulierung nach nur relative Richtigkeit behauptet, gewinnt für alle Fälle Bedeutung, wenn man berücksichtigt, daß auch Gelehrte, die durch vollkommen Neues alles Bisherige umstürzten, dazu bloß befähigt waren durch die vor ihnen geleistete Arbeit.

[44] Thibaut, System des Pandektenrechts § 517, Jena 1834.

[45] Thur, a. a. O. S. 18 ff.

[46] Salpius, a. a. O. S. 49.

wandtschaft zwischen Mandat und Anweisung in Abrede stellte." Eben diese Verwandtschaft besteht hauptsächlich darin, daß beide Male derjenige, der tätig wird, eine Einwirkung auf eine fremde Rechtssphäre vornimmt, beim Auftrag der Beauftragte, bei der Anweisung der Angewiesene. Beide handeln für Rechnung eines anderen, besorgen das Geschäft eines anderen[47]. Deshalb unterfallen beide Geschäfte der größeren Kategorie der **Geschäftsbesorgung,** die sich immer auf fremde Angelegenheiten[48] bezieht. Hält man diese Behauptung für richtig — und das ist sie auch im Endeffekt, in Ansehung des Verhältnisses zwischen Anweisendem und Empfänger —, so liegt kein Grund dagegen vor, die Leistung des Angewiesenen als eine Geschäftsbesorgung aufzufassen. Die Geschäftsbesorgung kann nur auf einer Einigung beruhen oder auf der einseitigen Entschließung des Besorgers (neg. gestio). Bei der Anweisung liegt ein Vertrag vor, ein **Schuldvertrag**[49] zwischen Anweisendem und Angewiesem, denn es kommt auf beiden Seiten der Wille dazu zum Ausdruck. Den Willen zu einem Vertragsschluß bekundet der Anweisende mit der **Ausgabe** der **Anweisungsurkunde,** die demnach einen **Antrag,** eine Offerte darstellt und als solche sich ihrem Wortlaut nach an den Vertragsgegner, den Angewiesenen, wendet. Der Gegenkontrahent zeigt regelmäßig den **Annahmewillen** mit dem sogenannten **Akzept,** d. h. durch einen diesbezüglichen Vermerk auf der Anweisung. Er ist damit zur Leistung verpflichtet und muß entsprechend dem Antrag, entsprechend dem Willen des Geschäftsherrn, der Vertragsinhalt geworden ist, leisten. Daß die Annahme nicht gegenüber dem Anweisenden erteilt wird, hindert nicht das Vorliegen eines Vertrags. Die Vertragsannahme ist ja an und für sich nicht notwendig eine empfangsbedürftige Erklärung, sie kann auch durch **konkludente Handlung** — hier ist das **Leistung ohne vorherige Annahme** — erfolgen. Sie ist weiterhin nicht empfangsbedürftig bei den Skriptur-Obligationen[50], bei

Schuldvertrag

Skriptur-Obligationen

[47] Thur, a. a. O. S. 18: Darin, daß der Angewiesene „für Rechnung des Anweisenden" leistet, steht er dem Mandatar, negotiorum gestor und allen anderen Personen gleich, welche befugt sind, Vermögensverminderungen, die sie sich selbst zufügen, einem anderen anzurechnen.

[48] Siehe dazu Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. II § 252 und 253. S. 611 ff.

[49] Das Anweisungsgeschäft ist deshalb ein Schuldvertrag, weil aus ihm eine Leistung geschuldet wird. Vergleiche dritten Teil.

[50] Vergleiche dritten Teil.

denen Antrag und Annahme in derselben Form erfolgen und anerkanntermaßen die Annahmeerklärung nicht notwendig in Gegenwart und gleichzeitig mit dem Antrag geschehen muß (vergl. § 152). Das trifft auch für die **Anweisung** zu: sie ist **ihren gesetzlichen Erfordernissen nach eine Skripturobligation,** und zwar ein **Literalkontrakt.** Der Vertragsschluß geschieht mit dem Zusammenkommen der Unterschriften der Vertragsschließenden auf der Urkunde.

Mit der Erkenntnis des Umstands, daß wir es mit einer **Besorgung** des Angewiesenen, beruhend auf einem skripturmäßig geschlossenen Vertrag zu tun haben, gleichgültig, ob eine Anweisung auf Schuld oder auf Kredit vorliegt — immer besorgt der Angewiesene das Geschäft des Anweisenden —, entfallen viele Einwendungen, die man gegen jede Art von Vertragskonstruktion vorgebracht hat. Zunächst wird damit der Einwand unerheblich, daß wir uns auf die Beziehungen zwischen Anweisendem und Angewiesenem in unserer Betrachtung spezialisieren. Obwohl wir das keineswegs tun, wie das Spätere zeigen wird, ist schon aus den beiden Tatsachen, daß sich die **Anweisungsurkunde an den Angewiesenen richtet,** und daß dessen Leistung in Befolgung der Anweisung dem Anweisenden gegenüber wirksam ist, diese vorläufige Beschränkung gerechtfertigt. Daß überhaupt keine Erklärung gegenüber dem Anweisenden erfolge, was Riehl gegen die alte Mandatstheorie anführt, ist für uns ohne Belang, weil der vorliegende Vertrag ein Literalkontrakt ist, dessen Annahme nicht empfangsbedürftig ist. Dennoch übt aber andererseits die schriftliche Annahmeerklärung insofern eine Wirkung auf den Anweisenden aus, als er durch sie nach allgemein herrschender Ansicht[51] daran gehindert wird, bei einer Anweisung auf Schuld selbst auf direktem Wege Befriedigung an sich zu fordern. Thur und Riehl wenden gegen die Mandatslehre ein, es sei keine Verpflichtung zur Annahme und zur Leistung vorhanden. Diese Erscheinung widerspricht indessen keineswegs dem von

[51] Kommentare und Lehrbücher sehen im Verhältnis des Anweisenden zum Angewiesenen nach der Annahme eine zweifache Möglichkeit für ersteren sich zu befriedigen. Aus dem Grundverhältnis ist eine solche aber nur zugestanden für den Fall, daß der Angewiesene auf die angenommene Anweisung hin nicht leistet. (Bei einer Anweisung auf Schuld). Bis dahin besteht eine Art Schwebezustand im Grundverhältnis.

uns Vorgebrachten und ist durchaus damit vereinbar, denn einmal ist auch sonst in der Regel die Uebernahme von Geschäftsbesorgungen dem freien Belieben des Geschäftsführers überlassen und dann entsteht eine Verpflichtung eben erst mit dem tatsächlichen Vertragsschluß, hier mit der skripturmäßigen Annahme[52].

Die Theorie des Zahlungsauftrags hafte also insoweit recht, als ihr in abstracto die Einsicht zugrunde lag, daß die Anweisung eine Geschäftsbesorgung enthält. Den Einwand allerdings, daß sie die Anweisung nicht unabhängig von den kausalen Rechtsverhältnissen analysierte, können wir nicht von ihr nehmen. Immerhin trifft uns selbst dieser Vorwurf nicht, da wir mit der **Feststellung, daß die Anweisung eine Geschäftsbesorgung enthalte, lediglich einen Charakterzug bestimmen wollen,** der sich mit Leistung des Angewiesenen sowohl ohne Beschränkung unserer Betrachtung auf das Deckungsverhältnis, nämlich bereits durch die Worte des Anweisungstextes **„für meine Rechnung“,** als auch durch **den internen Erfolg** zeigt.

Die Leistung des Angewiesenen trägt also unzweifelhaft den Stempel einer durch einen auftragsähnlichen Vertrag ausbedungenen Leistung[53]. Dies zeigt sich auch bezüglich der Verpflichtungen, die einer Anweisung entspringen, und bezüglich ihrer Endigung, die hier dem speziellen Charakter des Geschäfts gemäß geregelt sind. Derjenige, der das Geschäft besorgt, hat es in der ihm übertragenen Art und Weise zu vollziehen. Er muß die „Anweisungen“, auch Instruktionen genannt, des Geschäftsherrn befolgen, hier im Sinne der Anweisung. Anweisung wie Geschäftsbesorgung werden beendigt entweder durch rechtzeitigen

[52] In diesem Sinne sagt auch Herbert Meyer, a. a. O. S. 99: „Wenn man gegenüber der Mandatstheorie einzuwenden pflegt, dass durch die Anweisung keine Zahlungspflicht, sondern nur eine Zahlungsbefugnis des Angewiesenen erzeugt werde, so trifft dieser Einwand nicht den Kern der Sache, wofern man nur mit uns in der **Annahme** der Anweisung durch den Angewiesenen den Abschluß des Vertrags zwischen dem Aussteller und ihm, in der Anweisungserklärung des Ausstellers also nur eine Offerte zu dem abzuschließenden Vertrag erblickt“.

[53] Aehnlich H. Meyer, a. a. O. S. 99ff.; Thur, a. a. O. S. 18; Cossack, a. a. O. S. 38 II. Auflage I. Bd. Anderer Ansicht Adler, a. a. O.: Die Anweisung sei ein selbständiges Geschäft ohne Anlehnung an den Auftrag, und Endemann, a. a. O.: sie sei keine Unterart des Auftrags, beruhe insbesondere auf keinem Vertrage.

Widerruf gegenüber demjenigen, der das Geschäft führen soll, oder durch tatsächliche Bewirkung der nach dem Vertrag geschuldeten Leistung. Diese geht diesmal zwar nicht **an,** wohl aber **für** den Vertragsgegner, den Anweisenden, an einem Dritten, den Empfänger. Aus diesem Grund nehmen wir einen Vertrag auf Leistung an einen Dritten an[54]. Eine solche Konstruktion ergibt sich gefühlsmäßig für einen unbefangenen Beurteiler[55] und weil sie, wie gesagt, sehr nahe liegt, ist es kein Wunder, daß an sich entgegengesetzte Theorien in ihren neuesten Formen auf Verträge auf Leistung an Dritte kommen: Hellwig[56], ausgehend von Lenel's Stellvertretungstheorie, der Praktiker Oertelt[57] auf Grund einer Mandatskonstruktion und auch Kisch[58], allerdings in anderem Sinne.

Vertrag auf Leistung an einen Dritten

An dieser Stelle fragt man sich, warum sind denn so viele verschiedenartige Konstruktionen neben der hier vertretenen denkbar, und warum ist man so lange an dieser so naheliegenden Möglichkeit vorbeigegangen? Zur Erklärung dafür sind zwei Gründe anzugeben, einmal die tatsächlich große Menge der in der Anweisung enthaltenen, einander verwandten Elemente und dann die geschichtliche Entwicklung. Die Lenel'sche Auffassung der Worte „für meine Rechnung" und das „Sich-an-den-Angewiesenen-Wenden" des Anweisungstextes sind aus dem unter II Ausgeführten bekannt. Im Gegensatz zu ihm halten wir das erstere für einen Hinweis auf die geschäftsführende Tätigkeit des Angewiesenen, der durch dieses „für meine Rechnung" zur Annahme geneigter ist, als er es ohnedies wäre, da es in ihm

[54] Vergleiche dritten Teil.

[55] So auch H. Meyer, a. a. O.

[56] Ueber Hellwig noch im dritten Teil: Das Akzept ein Vertrag auf Leistung an Dritte.

[57] Oertelt, Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, 21. Jahrgang, Nr. 12 S. 277 ff. „Die Anweisung ist Vertrag zwischen Anweisendem und Angewiesenem. Sie ist Auftragsverhältnis, jedoch ohne Verpflichtung des Beauftragten (Angewiesenen). Der Auftrag besteht in einer Leistung an den Anweisungsempfänger, wobei die Annahme zum Inhalte der Leistung gehört". Oertelt nimmt also nicht wie wir einen Literalkontrakt an, und scheidet deshalb auch nicht zwischen Vertragsschluß durch effektive Leistung und Vertragsschluß durch skripturmäßige Annahme. Immerhin gelangt aber auch er zur Auffassung der Anweisung als eines Vertrags zugunsten des Empfängers, den er kausal sein läßt, indessen die Möglichkeit, das Akzept für abstrakt zu halten, zugesteht.

[58] Ueber Kisch siehe unten.

das Vertrauen darauf erweckt, daß er entweder einen Anspruch hervorruft oder tilgt gegenüber dem Anweisenden, dessen vermutliche Verbindlichkeit er erfüllt. Das andere Lenel'sche Beweismittel, daß sich nämlich die Anweisung an den Angewiesenen richtet, ist nach uns die Folge eines Vertragsantrags. Immerhin ist die große Aehnlichkeit der Anweisungserscheinungen mit dem Wesen und den Wirkungen eines Auftrags — man denke an das „Zahlen Sie" — und einer Stellvertretung[59] offensichtlich und die davon ausgehenden Theorien werden umso verständlicher, wenn man berücksichtigt, daß sie zu einer Zeit aufgestellt wurden, wo das gemeine Recht den Begriff Auftrag und Stellvertretung noch nicht genügend auseinanderzuhalten verstand. Man verwirrte den ursprünglich unentgeltlichen, später im römischen Recht teilweise entgeltlichen, schließlich wieder unentgeltlichen Auftrag mit der dem römischen Recht so gut wie unbekannten direkten Stellvertretung[60]. Die Anweisung teilte das Schicksal des Auftrags. Mit der genaueren Bestimmung der Vollmachtsdefinition und ihrer Unterscheidung vom Auftrag, deren häufiges Nebeneinander man auch erkannte, mußte natürlich eine Anweisungslehre, die sich die auf eine Stellvertretung hinweisende Seite der Anweisung zum Ausgangspunkte machte, zu einem Ergebnis wie Lenel kommen. So verstehen sich auch seine Worte auf Seite 133 in Iherings Jahrbuch Band 36.

Erwerb des Empfängers

Beide, die Auftrags- und Stellvertretungstheorien, konnten andererseits, wie schon oben ausgeführt, keine stichhaltige Einordnungsmöglichkeit für das Erheben in eigenem Namen, den Erwerb und das Leisten in eigenem Namen in Vorschlag bringen. Uns gelingt das mit der Konstruktion eines Vertrags zugunsten eines Dritten, bei dem der Dritte ein eigenes Recht auf Leistung erwirbt. Diese Möglichkeit fiel für die früheren Autoren aus ebenfalls zwei Gründen weg. Einmal war der Vertrag zugunsten Dritter lange viel umstritten und daher wenig geeignet, eine neue Theorie zu begründen, dann trennte man herkömmlicherweise das Akzept von der Anweisung und konnte weiter-

[59] Man müßte nach allgemeinen Grundsätzen die Kenntnis des Stellvertreters vom Grundverhältnis und eine nähere Angabe darüber voraussetzen, da bei der Vollmacht die Anführung der causa „conditio sine qua non" ist.

[60] Vergleiche Preuß, A. L. R. I. Titel 13, § 5 ff.

hin deshalb keinen Vertrag annehmen, weil man nicht bedachte, daß ein solcher auch erst durch die skripturelle Annahme zustande kommen könne.

Wenn man aber glauben sollte, mit den im Laufe dieser Schrift bisher angeführten Versuchen, das Wesen der Anweisung zu ergründen, wäre die Reihe der überhaupt auch nur denkbaren Anweisungstheorien begrenzt, so wäre man sehr im Irrtum. Da die gesetzliche Definition, wie es häufig geschieht, keine ausdrückliche Feststellung der Rechtsnatur der Anweisung gibt und die §§ 783–792, wie es fast immer der Fall ist, lediglich der rechtliche Niederschlag von Zweckmäßigkeits-Erwägungen sind, so fehlt es nicht an Autoren, die noch andere Konstruktionsformen erwogen. So weist Kohler[61] auf die große Aehnlichkeit der Anweisung mit der Hingabe an Erfüllungsstatt hin und endlich Adler[62] hält die Leistung des Angewiesenen für für die Leistung eines Dritten an einen Dritten (§ 362 Abs. 2, § 267). Wie Adler selbst richtig vermutet, bildet das auch von ihm ausdrücklich anerkannte Moment der Abstraktheit einen begründeten Einwand gegen seine Theorie. Obwohl er zwar die Voraussetzung seiner Theorie, daß ein Schuldverhältnis bereits vorliegen muß, geschickt gegen etwaige Einwendungen verteidigt, so scheitert doch tatsächlich seine Theorie an dem § 267 selbst. Abstrakt ist die Anweisung und das ist streng zu betonen.

Abstraktheit

Bei Würdigung des Tatbestandes ergibt sich die Abstraktheit[63] der Anweisung des BGB. ohne Weiteres. Sie ist ein im Interesse aller Beteiligten liegendes Geschäft, das notwendig derartig vorgenommen werden muß, daß es im Verkehr stark brauchbar ist. Eine solche Eigenschaft läßt sich am besten erreichen, wenn man das Geschäft abstrakt abschließt und so eine Geltendmachung des aus ihm begründeten Rechtes erleichtert. Brauchbar ist es nur dann, wenn der Angewiesene ohne nähere Untersuchung darüber, ob die Umstände gerechtfertigt sind, auf die Anweisung leisten darf, gleichgültig nun, ob er erst dadurch eine Beziehung zwischen sich und dem Anweisenden schafft, etwa durch Gewährung eines Darlehens, oder ob er

[61] Vergleiche Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. 2 I. Teil S. 61.

[62] Vergleiche Adler, a. a. O. S. 169–172.

[63] Siehe dazu unten, dritten Teil.

damit seine Schuld, beruhend auf irgend einer Obligation, tilgt[64]. Für den Empfänger seinerseits gelten die gleichen Gesichtspunkte, die für die Abstraktheit sprechen. Auch ihm kann eine eingehende Erkundigung über den Hintergrund des Leistungsverlangens des Anweisenden gegenüber dem Angewiesenen nicht auferlegt werden. Auch für ihn gilt in erhöhtem Maße das Wünschenswerte, daß für seine primäre (Grund-) Berechtigung eine möglichst sichere sekundäre Befriedigungsart geschaffen wird, gleichgültig, ob er damit im primären Verhältnis dem Anweisenden zum Ersatz verpflichtet wird, etwa bei Darlehen, oder ob mit der Leistung des Angewiesenen seine Berechtigung erlischt. Aus diesem Grund müssen Einwendungen gegen eine Klage auf eine akzeptierte Anweisung hin tunlichst eingeschränkt werden und zu diesem Zweck bedient man sich einer abstrakten Obligation. Auf diese Weise wird auch das Interesse desjenigen, von dem die Anweisung ausgeht, das Interesse des Anweisenden gewahrt. Er weiß, daß infolge ihrer Eigenschaften die Leistung des Angewiesenen seiner eigenen gleichkommt. Und mehr will er zunächst nicht.

Die Anweisung, eine Willenserklärung

Die Anweisung gewährleistet also dank ihrer Abstraktheit den Erfolg, den die im sogenannten Anweisungsdreieck befindlichen Personen wünschen, und deshalb ist Brütt[65] beizustimmen, wenn er sagt: „Damit von einer Anweisung die Rede sein kann, darf eine direkte kausale Verbindung zwischen B (Angewiesenem) und C (Empfänger) nicht vorhanden sein". Die Anweisung sei losgelöst von den Kausalbeziehungen, denn es fehle unter den Parteien insbesondere im Deckungsverhältnis an jeder Einigung über den Leistungszweck. Im übrigen trennt Brütt Anweisung und Akzept wie üblich und sieht in der Anweisung die widerrufliche Zustimmungserklärung des Anweisenden zu der zwischen Angewiesenem und Empfänger getroffenen Abrede der indirekten Anrechnung einer zwischen ihnen erfolgenden Vermögenszuwendung. Adler unterscheidet sich diesbezüglich nicht allzusehr von ihm. Er meint, daß durch die

---

[64] Klar ist hierbei, daß es sich (mit Thur übereinstimmend) um keine Erfüllung, sondern um ein Surrogat handelt. Darin gleicht, wie Thur (und ihm folgend Oertmann in Vorbemerkung 1b zu § 783) mit Recht behauptet, die Leistung des Angewiesenen der datio in solutum. Dagegen Adler, a. a. O. S. 167, Anm. 54 und 56.

[65] Brütt, Die abstrakte Forderung, S. 159 ff.

einseitige Erklärung des Anweisenden unmöglich die Pflicht des Angewiesenen zur Zahlung entstehen kann, wenn nicht etwa der Dritte als Gläubiger in das Schuldverhältnis eingetreten ist. Damit kommt er der Wahrheit sehr nahe, insofern, als ja nach abgeschlossenem Anweisungsvertrag der Empfänger in der Eigenschaft eines durch den Vertrag begünstigten Dritten in eine Art Gläubigerstellung einrückt. Zu dieser Erkenntnis gelangt Adler indessen nicht, da er ebenfalls Akzept und Anweisung von einander unabhängig behandelt, und deshalb ist für ihn die Anweisung nichts weiter als die Einwilligung des Anweisenden seinem Schuldner, dem Angewiesenen[66], gegenüber zur Leistung an einen Dritten. Das ist die eine Folge, die er an das Aushändigen knüpft. Eine weitere besteht darin, daß durch sie der Anweisungsempfänger eine Legitimation erhält. Ohne uns hier näher auf die Frage der Berechtigung der Ansicht Adler's und Brütt's einzulassen, können wir jedenfalls feststellen, daß nach ihnen die Aushändigung, das heißt die wirkungsvolle Anweisung, gewissermaßen die Geburt, das **Zufleisch-Werden**[67] von **Willenserklärungen** ist. Wir teilen diese Meinung, wenn auch in anderer Richtung. Die **Aushändigung bedeutet** in Wahrheit **einmal das rechtsgültige Zustandekommen eines Antrags zu einem abstrakten Skripturvertrag zugunsten des Empfängers; weiterhin aber die wirkungsvolle Aeußerung von zwei Ermächtigungen,** einer Ermächtigung für den Angewiesenen zur Leistung und einer Ermächtigung für den Empfänger zur Entgegennahme eben dieser Leistung.

Wie hat man sich nun dieses Nebeneinander einer Offerte und zweier Ermächtigungen zu denken?

Begriff Ermächtigung

Zur Lösung dieser Frage ist zunächst auf den Begriff „Ermächtigung" einzugehen. Seine Formulierung hat schon viel Kopfzerbrechen gemacht und die bedeutendsten Köpfe beschäftigt. Aber eine Einigkeit wurde nicht erreicht, denn immer noch ist er nicht allgemein gleich definiert. Das hat seinen Grund vor allem darin, daß das BGB. ihn offensichtlich in

[66] Wir wiesen schon oben darauf hin, daß die „oberste Prämisse" Adlers das Bestehen eines Schuldverhältnisses zwischen Anweisendem und Angewiesenem ist.

[67] Mit der Ausstellung allein ist nur ein wesenloses, wirkungsloses Etwas vorhanden.

ganz verschiedener Art und Weise gebraucht[68]. Teilweise ist das Wort „Ermächtigung" angewandt in Fällen, wo eine Vertretungsmacht oder Rechtsausübung auf Gesetzesvorschrift beruht, teilweise in Fällen der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters zu Rechtshandlungen eines Minderjährigen. An anderer Stelle versteht man darunter die Ermächtigung von Behörden und schließlich unterfallen ihr Vorgänge, bei denen es sich nicht um die Vornahme eines Rechtsgeschäftes handelt. Was aber soll damit die Theorie anfangen, der es um einheitliche, klare Begriffe zu tun ist und die eine derartig vielseitige Gebrauchsanwendung nicht unter einen Hut bringen kann? Sie macht auch wirklich vergebliche Anstrengungen. Das ist hervorzuheben selbst angesichts der Vorschläge von Bähr, Wieland und anderen, wenigstens für die wissenschaftliche Redeweise diesem Mißstand abzuhelfen. Wenn auch Wieland dafür eintritt, „mit Ermächtigung die Gutheißung eines vom Ermächtigten in eigenem Interesse vorzunehmenden Rechtsgeschäfts zu bezeichnen" und Bähr unter Ermächtigung das zwischen Vertreter und Vertretenem obwaltende Verhältnis verstanden haben will, so lassen sich doch viele Schriftsteller anführen, die wiederum anderer Meinung sind[69]. Deshalb ergibt sich im Ganzen, daß wir mit einem Versuch der Feststellung dessen, was „Ermächtigung" im BGB. bedeutet, wenig gewinnen, daß wir vielmehr untersuchen müssen, welchen Sinn dieser Ausdruck in den Bestimmungen über die Anweisung haben kann[70].

Anweisungs-Ermächtigung

Bei Beantwortung der Frage, was das Gesetz mit den Ermächtigungen bei der Anweisung will, gehen wir am besten von dem aus, was wir bisher als richtig erkannt haben und was auch später in dieser Abhandlung seine Vertiefung erfahren soll, nämlich davon, daß die Anweisung eine Offerte zu einem Vertrage zugunsten eines Dritten bildet. Hierbei — wir sehen von der Ansicht Schloßmann's und Becker's[71], ganz allgemein seien in Offerten Ermächtigungen zu finden, ab —, ist zunächst festzustellen, daß die Verbindung von Vertrags-

[68] Beispiele dafür sind die §§ 37 Abs. 2, 112, 113, 370, 385, 457, 714, 715, 783, 805, 1221, 1321, 1825, 2199 und 2207 nach 2209.

[69] Bähr, Krit. Vierteljahrsschrift 30 S. 341. Strohal in Iherings Jahrbüchern Bd. 27, S. 442 ff.; Regelsberger, I. § 163; Schloßmann, Stellvertretung, Bd. I. S. 294 ff.

[70] In diesem Sinne Thur, a. a. O. S. 17.

[71] Schloßmann, Stellvertretung, Bd. I. S. 294 ff. Becker, System Bd. 2.

anträgen mit gerade zwei Ermächtigungen keine übliche ist, daß uns aber scheint, als sei, systematisch betrachtet, eine solche Vereinigung bei Beachtung der Natur des vorliegenden Geschäfts durchaus verständlich, ja sogar notwendig. Die Anweisung muß im Gegensatz zu den übrigen Vertragsanträgen Ermächtigungen enthalten. Das geht aus Folgendem hervor. Gewöhnliche Offerten beziehen sich auf den Abschluß von Verträgen, bei denen die Tätigkeit der Kontrahenten innerhalb ihres Wirkungskreises geschehen soll. Das ist hier zwar auch der Fall, aber nur in beschränktem Maße. Wir kennzeichneten oben die Leistung des Angewiesenen als eine Leistung, die in Ansehung des Verhältnisses zum Anweisenden als Geschäftsbesorgung erscheint. Der Angewiesene nimmt zwar die Mittel zur Leistung aus seinem eigenen Vermögen, aber dabei tilgt er oder ruft er hervor eine Obligation des Anweisenden. Dies ist ein Eingriff in eine fremde Rechtssphäre, in die des Anweisenden, die nur deshalb rechtlich erlaubt ist, weil der Angewiesene vom Anweisenden dazu ermächtigt ist. Es bedarf also einer Ermächtigung im Verhältnis des Anweisenden zum Angewiesenen und ebenso auch im Verhältnis des Anweisenden zum Empfänger. Letzterer übt gleichfalls einen Einfluß auf ein Gebiet aus, das außerhalb seines eigenen liegt. Die Ermächtigung der Anweisung gibt also, in ihrem weitesten Umfang gemessen, eine Macht, die ein bestimmtes Handeln als rechtlich erlaubt erscheinen läßt[72]. Sie verleiht eine gewisse Macht, die in der Urkunde dokumentiert ist und in dieser Gestalt erfolgen muß wegen der häufigen örtlichen und zeitlichen Trennung der Beteiligten. Aber nur eine gewisse, keine volle, vollständige Macht, keine Vollmacht[73]. Ihre Verwandschaft mit der Vollmacht ist zwar unbestreitbar, doch ist sie weniger als diese, weil sie keine Willensvertretung, sondern eine rechtliche Position ist, die indessen über die durch ein Gestatten, Dulden und Zulassen geschaffene Rechtstellung hinausgeht. Letztere Ausdrücke decken sich etwa mit Zustimmung, Einwilligung und Genehmigung, wie sie der Vormund, der Ehemann, die Ehefrau oder der

[72] So Hupka, a. a. O. S. 21 ff.

[73] Nach Lenel ist Vollmacht der weitere Begriff und Ermächtigung der untergeordnete Begriff. Vergleiche Wieland, Der Wechsel und seine zivilrechtlichen Grundlagen, S. 42: vergleiche Riehl, a. a. O. S. 23 Mitte und Enneccerus, Bürgerliches Recht, 1919, Bd. 1 S. 479 und 480.

wahre Verfügungsberechtigte (§ 185) erteilt. Sie lassen sich zusammenfassen unter Erlaubnis im weiteren Sinn[74]. Anweisungsermächtigung ist mehr. Es findet bei ihr durch eine einseitige Willenserklärung die Uebertragung eines Rechtes statt, das dem Ermächtigten die Macht verleiht, in eigenem Namen Handlungen vorzunehmen, die eigentlich dem Ermächtigenden zustehen und die ihm gegenüber eine verpflichtende Wirkung zeitigen[75]. Verpflichtend einmal deshalb, weil er in den Grundverhältnissen die Anrechnung der Leistung bzw. Entgegennahme zulassen muß und außerdem deshalb, weil er diese Handlungen dulden muß, obgleich ihm selbst — hierin liegt der Unterschied zur Zession[76] — das Verfügungsrecht verbleibt, das er aber hier nach Treu- und Glaubensprinzipien, das heißt um den Zweck der Anweisung nicht zu gefährden, so lange nicht ausüben darf, als noch die Möglichkeit zur Ausführung der Ermächtigungshandlung besteht[77]. Er gibt also das Verfügungsrecht nicht endgültig ab. Es schwebt für ihn und fällt an ihn zurück mit dem

Widerruf

Widerruf der Anweisung, der auch den Vertragsantrag wirkungslos und ungültig macht. Daß die Ermächtigung unwiderruflich ist, möchten wir nämlich im Gegensatz zu Ihering[78], Dernburg, Regelsberger und Strohal und im Einklang mit Düringer-Hachenburg[79], Mitteis, Lenel und Thur nicht annehmen. Leistet „der Angewiesene als Geschäftsführer des Anweisenden — mit dessen Willen, wenn auch ohne zur Geschäftsführung verpflichtet zu sein —", so hat das zur Folge, „daß ihm diese Befugnis jederzeit durch Widerruf des Anweisenden entzogen werden kann (§ 790 Abs. 1)"[80]. Für die Empfangsermächtigung gilt ein Besonderes insofern, als der Widerruf, der laut gesetzlicher Bestimmung gegenüber dem Angewiesenen ergeht, unmöglich — darüber ist man sich einig — die Empfangsermächtigung zum Erlöschen bringen kann. Es müßte

[74] Dafür auch Riehl, a. a. O.

[75] Vergleiche dazu Enneccerus, der a. a. O. vorschlägt, zukünftig nur solche Ermächtigungen, wie sie die Anweisung enthält, mit Ermächtigung zu bezeichnen. Seine Ansicht im übrigen siehe ebenda.

[76] Es ist dies der wesentlichste Einwand gegenüber der oben nicht erwähnten Zessionstheorie.

[77] Das ist allgemein anerkannt.

[78] Ihering, in seinem Jahrbuch, Bd. 2 S. 131 ff. „Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte".

[79] Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch, Bd. 2 S. 427.

[80] So Thur, a. a. O. S. 35; vergleiche ebenda das Folgende.

auch dem Empfänger gegenüber zu diesem Behufe ein Widerruf geschehen. Ohne dieses weitere Erfordernis behält er seine Ermächtigung, die allerdings mit der weggefallenen Leistungsermächtigung gegenstandslos geworden ist. „Sie dient ja nur zur rechtlichen Charakterisierung des auf Grund der Anweisung erhobenen Geldes als einer Zuwendung von seiten des Anweisenden.“[81] So ist der Umstand der Fortdauer der Empfangsermächtigung nur bedeutungsvoll, wenn der Angewiesene ungeachtet des Widerrufs an den immer noch — zumal durch Innehaben der Anweisungsurkunde — ermächtigten Empfänger leistet.

Folgen und Wirkungen der Ermächtigungen

Die Anweisungsermächtigungen, deren Rechtsnatur im Vorhergehenden in Umrissen dargestellt wurde und die, wie oben betont, zur wirkungsvollen Anweisung als systematisch „notwendige“ zu bezeichnen sind, haben **nach** ihrer Erteilung Zwecke nach zwei Richtungen hin, und zwar hintereinander zu erfüllen. Die erste Wirkung zeigt sich in den Verhältnissen des Angewiesenen zum Empfänger und des Empfängers zum Angewiesenen. Jeder von beiden weiß und erfährt: Dieser hat die Befugnis zu leisten bzw. zu empfangen. Auf diese Weise erhält die Entgegennahme ihre rechtliche Motivierung. Der Empfänger bekommt das Präsentationsrecht. Da die Anweisung in Schriftform die Ermächtigung hierzu gibt, so dient sie ihm als Legitimation, die wir als äußere Legitimation, weil außerhalb der Parteien sich äußernde, bezeichnen wollen. Desgleichen ist der Leistende, dem mit der vorgezeigten Anweisungsurkunde Antrag und Ermächtigung zur Leistung an den Dritten (Empfänger) zukommt, zu dieser seiner Handlung legitimiert. Auch diese Wirkung können wir in übertragenem Sinne Legitimation nennen und zwar ebenfalls äußere, weil sie wiederum außerhalb der Parteien benützt wird. Im Gegensatz dazu heißen wir innere Legitimation eine zweite Wirkung, die sich, innerhalb der Grundverhältnisse wirkend, gewöhnlich nach der Vollziehung der Anweisung zeigt. Sie äußert sich in den Verhältnissen des Angewiesenen zum Anweisenden und des Empfängers zum Anweisenden. Beide, der Angewiesene und der Empfänger, können sich dem Anweisenden gegenüber auf ihre Ermächtigung berufen, wobei allerdings der Angewiesene die stärkere Stellung von beiden einnimmt, als er nunmehr — er braucht

[81] Thur, a. a. O. S. 36

ja nur gegen Uebergabe der Urkunde zu leisten — mit der Anweisungsurkunde einen Beleg für seine stattgehabte Leistung in der Hand hat.

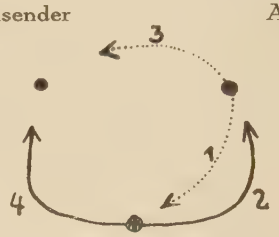
Dergestalt ist die Auswirkung der Ermächtigungen[82] als äußere Legitimation beim Vorzeigen, wenn der Angewiesene leisten und der Empfänger entgegennehmen will, und als innere Legitimation, wenn diese Handlungen stattgefunden haben. Zur Verdeutlichung diene die folgende Figur.

3 und 4 innere Legitimation, weil in den internen Verhältnissen wirkend.

1 und 2 äußere Legitimation, außerhalb der Kontrahenten wirkend.

..... Zahlungsermächtigung.

———— Empfangsermächtigung



Ermächtigung und Berechtigung

War die Wirkung der Ermächtigungen im bisher betrachteten Fall die effektive Leistung, so kann sie auch darin bestehen, daß der Angewiesene, statt zu leisten, durch Akzept sich verpflichtet und damit der Empfänger, statt zu empfangen, sich zur Leistung berechtigen läßt. Welche Bedeutung kommt dann den Ermächtigungen zu? Die äußere Wirkung, das heißt die Wirkungen unter den Nicht-Vertragsparteien, hat schon stattgefunden, denn nur auf diese Weise gelangte der Empfänger zum Akzept. Die innere Wirkung, die auch diesmal nach der Leistung, aber Leistung auf das Akzept hin, gezeitigt wird, ist dieselbe wie oben: Der Empfänger nimmt Akzept und darauf Leistung an, weil er dazu ermächtigt ist, und auf diese Tatsache kann er sich gegenüber dem Anweisenden stützen; der Angewiesene gibt Akzept und darauf Leistung auf Grund des Vertragsantrags und der darin enthaltenen Ermächtigung und diesen Umstand muß der Anweisende gegen sich gelten lassen.

[82] Allein steht Adler, a. a. O. S. 167 Anm. 54, mit der Behauptung, daß seines Erachtens — „der irreführende Wortlaut des § 783 kann für die Frage nicht entscheidend sein" — „durch die Ausstellung der Anweisung nicht der Anweisungsempfänger zur Entgegennahme der Leistung, sondern lediglich der Angewiesene zur Leistung an den Anweisungsempfänger ermächtigt" ist. (Adler scheidet hier übrigens nicht zwischen Ausstellung und Aushändigung.)

So gilt also für die Wirkungen der Ermächtigungen das gleiche, ob das Geben und Nehmen zwischen Angewiesenem und Empfänger in einem Leisten oder zunächst in einer Annahme besteht. Die im letzteren Fall dazutretende Verpflichtung bzw. Berechtigung ändert daran nichts, und das deshalb, weil der Empfänger und nur er, ein Recht auf Leistung erwirbt. „Dieses Recht ist in dem Wertpapier verbrieft und kann nicht ohne den Brief geltend gemacht werden. Daraus erklärt es sich, daß der Gegenkontrahent des Angewiesenen, der Aussteller der Urkunde, weder auf Leistung an den Dritten klagen noch Ansprüche wegen Nichterfüllung des Vertrags geltend machen kann, wenn der Angewiesene trotz des Akzeptes nicht zahlt. Denn nicht er, sondern der Anweisungsempfänger ist durch den Besitz der Anweisung zur Geltendmachung des Rechtes aus dem Vertrage legitimiert.“ [88]

Aushändigung

Es ist also zur Ausübung des Rechts aus dem Vertrage der Besitz oder, wie wir besser sagen, immer das Innehaben der Urkunde notwendig. In normal gelagerten Fällen läßt sich die weite Bezeichnung „Innehaben“ durch „Eigentum“ ersetzen, insofern, als die das Innehaben verwirklichende Tatsache die **Aushändigung** ist, die ein **Uebereignen** bedeutet. Die Aushändigung ist der dingliche Vertrag des Anweisungsgeschäftes, von dessen Stattfinden das Recht des Empfängers abhängt und der deshalb ein wichtiges Erfordernis seines Rechtserwerbs ist. Das zeigt sich besonders im Falle des § 784 Abs. 2, wenn die Annahme vor der Aushändigung erfolgt. Auch dann ist der Empfänger erst in dem Augenblicke wirkungsvoller Berech-

---

[88] So Herbert Meyer, a. a. O. S. 100. Dazu haben wir noch Folgendes zu bemerken: An und für sich, „sofern nicht ein anderer Wille der Vertragsschließenden anzunehmen ist“, ist bei den sogenannten berechtigenden oder echten Verträgen auf Leistung an Dritte der Dritte und der Versprechensempfänger zur Forderung der Leistung berechtigt. Zwar gehört die angenommene Anweisung zu dieser Art von Verträgen, aber es erwirbt nur der Anweisungsempfänger durch das Akzept eine rechtlich geschützte Stellung, was je aus dem Fehlen einer Klage des Ausstellers auf Leistung an den Dritten hervorgeht. Wir möchten in einer Erweiterung der Meyer'schen Ansicht diese Erscheinung für die Systematik begründen: einmal mit dem Wertpapiercharakter der Anweisung und dann noch mit der Parteiabsicht im Sinne der Auslegungsregel des § 335 und des § 157.

tigter, wo er durch dinglichen Vertrag Inhaber der Empfangslegitimation geworden ist[84].

Somit bedeutet die Aushändigung den **Begebungsvertrag** des Anweisungsgeschäfts, analog den Begebungsverträgen im Wertpapierrecht, über die wir unten noch zu sprechen haben werden[85]. Sie ist aber nur ein rein dinglicher Vertrag. Nicht darf man mit Planck in den Beziehungen zwischen Anweisendem und Empfänger einen obligatorischen Vertrag erblicken. Planck wurde zwar bestärkt in dieser Ansicht durch die Pflichten, die das Gesetz dem Empfänger auferlegt. Trotzdem ist diese Ansicht irrig, denn wäre sie richtig, wie es z. B. bei der Tratte der Fall ist, so könnte von einer freien Widerruflichkeit der Anweisung gegenüber dem Angewiesenen deshalb keine Rede sein, weil der Anweisende durch den Widerruf seiner Vertragspflicht aus eben diesem Vertrag zuwiderhandeln würde[86]. Die Anzeigepflicht des Empfängers ist in Wahrheit, und darin stimmen Thur, Meyer, Oertmann, Crome und Staudinger überein, nur als eine Diligenzpflicht anzusehen, gegeben aus der Natur des Geschäfts und der ihm eigentümlichen Rechtsstellung des Empfängers.

Damit haben wir die vorbereitende Darstellung unserer eigenen Anweisungstheorie beendet und unsere Formel für den Regelfall angegeben. Wir erblicken in der Anweisung — um es zusammenzufassen — **den Antrag zu einem Schuldvertrag, der abstrakt und mit dem Akzept skripturmäßig abgeschlossen wird, auf Leistung an einen Dritten geht und mit einem Ermächtigungsgeschäft**

---

[84] Uebereinstimmend Meyer, a. a. O. S. 103: mit dem „Akzept entsteht das Gläubigerrecht des Empfängers, falls diesem durch die Aushändigung schon die Ermächtigung zum Zahlungsempfang und der skripturrechtliche Ausweis zugegangen war. Andernfalls ist das Recht des begünstigten Dritten von der nachträglichen Erfüllung dieser Voraussetzung abhängig" (§ 784 Abs. 2).

[85] Siehe zweiter und vierter Teil. Dort behandeln wir auch die Fälle, in denen keine Begebung vorliegt.

[86] Analog Meyer, a. a. O. S. 104, Anm. 14. Zu erwähnen ist, daß dieser Beweisgrund sich durchaus mit dem § 790 Satz 2 verträgt und sogar von diesem Satz noch unterstützt wird, weil eine vertragliche Verpflichtung zwischen Anweisendem und Anweisungsempfänger hier gewissermassen als Ausnahme erscheint.

verbunden ist. Diese seltsame Kombination[87] von verschiedenartigen Elementen trägt die Schuld am Scheitern der bisherigen Theorien. Sie fanden kein jedermann befriedigendes Ergebnis, weil sie aus dieser Verbindung[88] immer nur einzelne Bestandteile herausgriffen und deshalb nicht alle Erscheinungen systematisch einordnen konnten.

[87] Daß die Anweisung eine Kombination ist, hat bereits Laband, Archiv für Zivil-Praxis, Bd. 74 S. 331 erkannt.

[88] Bekanntlich trennt die Chemie, die Wissenschaft der Zusammensetzung der Körper, scharf die Begriffe Verbindung und Gemenge (Mischung). Der Ausdruck „Verbindung" erscheint hier deshalb als treffend, weil kein loser, äußerer, sondern ein inniger, innerer Zusammenhang zwischen den einzelnen Elementen der Anweisung besteht, der durch die Urkunde geschaffen wird.

Zweiter Teil

Die Akzepttheorien

I. Allgemeines über Wertpapier- und Akzepttheorien

Bis heute trennt man herkömmlicherweise beinahe durchweg die Anweisung und das Akzept. Für beide entstanden infolgedessen getrennte Theorien, die Anweisungstheorien, die wir im ersten Teil aufgezählt und neben unserer eigenen Ansicht erörtert haben, und die Akzepttheorien, über die im folgenden zu handeln sein wird. Wir unterscheiden diese beiden Gruppen von Theorien und widmen beiden eine getrennte Darstellung, weil sie, wie schon ihr Name sagt, Akzept und Anweisung nahezu spezialisiert, das heißt, jeweils für sich behandeln und weil sie verschiedene Ausgangspunkte haben; die erste, die Anweisung als Ermächtigungsgeschäft, die zweite, vorzüglich die wertpapierrechtliche Seite der Anweisung. Denkbar sind beide nur, wenn man die unleugbare Akzessorietät von Anweisung und Akzept übersieht oder wenigstens ungenügend beachtet und daher gipfelt die Frage nach der Berechtigung einer Trennung in der Entscheidung des Umstandes, ob eine innere Abhängigkeit zwischen Akzept und Anweisung besteht. Wir selbst betonen sie im Einklang mit Herbert Meyer[89] streng aus den Gesichtspunkten heraus, daß die Voraussetzung für die Entstehung der Akzeptverpflichtung das Zusammenkommen der Unterschrift des Akzeptanten und der des Ausstellers „auf ein und demselben Blatt Papier" ist, daß in Analogie mit dem Wechselrecht (Art. 21, 70 WO.) eine Annahme auf einer Kopie nicht genügt, und daß nur der Adressat der Anweisung, dem die Erklärung des Anweisenden (Ausstellers) zugegangen sein muß, und nur er akzeptieren kann. Dieser offenbare Zusammenhang wurde für uns mit eine Veranlassung dazu, die Anweisung und ihre Annahme als eine Einheit aufzufassen, so wie es oben Seite 15 ff. geschah. Einst genügte

[89] Meyer, Das Akzept, S. 37 ff.

diesem Erfordernis, d. h. der Akzessorietät, die Mandatslehre[90] insofern, als sie der Ansicht war, daß das Akzept die Annahme des Zahlungsauftrags sei, oder, wie Kipp es formuliert, daß der Angewiesene, „indem er der Zahlung ein Versprechen vorhergehen läßt und dadurch die Notwendigkeit einer Zahlung für sich begründet", etwas tut, „was er im Sinne des ihm erteilten Auftrags tun darf". Für die Vollmachtstheorie kann man ein Gleiches nur in beschränktem Maße sagen, denn ihrem Hauptvertreter, Lenel, ist die Leistung das Wesentliche und deshalb berührt er das Akzept nur kurz. Fast alle übrigen Autoren aber lassen, unseres Erachtens verkehrterweise, die innere Abhängigkeit unberücksichtigt[91] und sogar Kisch[92], der bereits einen ermächtigenden Vertrag auf Leistung an einen Dritten in der Anweisung sieht, erkennt nicht die wahre Natur des Akzepts. Immerhin ist er mit uns und mit sämtlichen Akzepttheorien insoweit einig, als er als Wirkung der Annahme eine abstrakte Verpflichtung annimmt. Nur über ihr Entstehen streitet man und die Meinungen darüber lassen sich in zwei Gruppen spalten. Die eine, die als herrschende gilt[93], erblickt in der Annahme eine einseitige Verpflichtungserklärung, die teilweise als empfangsbedürftig bezeichnet wird[94]. Die zweite Gruppe[95] meint,

---

[90] Thöl, a. a. O. § 327 ff.: Unger, Inhaberpapiere, S. 73 ff. und Kipp in Windscheid's Pandekten II, § 412; Anm. 16, vergl. Einert, Das Wechselrecht, S. 26 oben.

[91] Riehl, a. a. O. S. 4. und 5, geht sogar so weit, den Ausdruck „Annahme" als völlig unzutreffend und „irreführend" zu bezeichnen und Anweisung und Annahme als zwei von einander zu trennende, selbständige Rechtsgeschäfte zu definieren.

[92] Kisch, gedrucktes Kollegheft 1920, „Die Anweisung ist also zwar Vertrag auf Leistung an einen Dritten, aber kein berechtigender, sondern bloß ein ermächtigender". Sie ist mithin ein Vertrag eigener Art, fällt unter den Typus „Ermächtigungsgeschäft". Die Annahme begründet eine selbständige abstrakte Schuld.

[93] Ihr gehören hauptsächlich an Staudinger, II, 2 S. 1574; Oertmann, Schuldverh. S. 980; Neumann, I, S. 605; RGR.-Komm. I. 1 S. 732; Crome, II, 2 S. 924 Anm. 45; Cosack, I, S. 541; Enneccerus, I, 2 S. 578; Goldmann-Lilienthal, S. 884 ff.; Jakobi, Wertpapiere S. 296 ff.; Lent, a. a. O. S. 82 ff. und Brütt, a. a. O. S. 192.

[94] Dafür stimmen Cosack und Goldmann-Lilienthal; ausdrücklich dagegen Dernburg, Bürgerliches Recht II, 2, S. 255 und Lent.

[95] Vertreten von Planck, S. 871; Wendt, a. a. O. S. 142; Matthiaß, Bürgerliches Recht S. 659; Kohler, Bürgerliches Recht 2 Bd. 1. Teil S. 227; Endemann, Bürgerliches Recht I S. 1215; Gierke, Privatrecht 3. Bd. S. 873 und Riehl, a. a. O. S. 39.

die Verpflichtung des Akzeptanten beruhe auf einem Vertrag zwischen Empfänger und Angewiesenem, der als dem einseitigen, abstrakten Schuldversprechen ähnlich[96], teils als Begebungsvertrag[97] angesehen wird. Entstehungsursache des Rechtes aus dem Akzept soll also entweder sein ein Vertrag oder eine einseitige Willenserklärung, welch letztere mit der Niederschrift der Annahme, d. h. durch einseitigen Akt zur Welt kommt. Die erstere ist die Vertragstheorie und die letztere nennt man Kreationstheorie. Beides sind Theorien des Wertpapierrechts, das für Verpflichtungen aus Wertpapieren vor allem diese Theorien kennt. Viele Schriftsteller wenden die dort üblichen Grundsätze auch auf die Anweisung an. Sie behandeln die Anweisung in ihren Wertpapier-Abhandlungen und ein derartiges Verfahren liegt nahe, weil die Anweisung tatsächlich ein Wertpapier ist.

Die Anweisung ein Wertpapier

Sie ist insofern ein Wertpapier, als man unter Wertpapieren solche Papiere versteht, die ein Recht in der Weise verkörpern, daß die Entstehung, Geltendmachung und Uebertragung des Rechtes an das Papier geknüpft ist, und das auch für sie zutrifft. Dabei macht es keinen Unterschied, ob sie angenommen ist oder nicht. Das Papier ist auch bei ihr Träger des Rechts, nämlich, entweder der Berechtigung aus dem Akzept oder der Ermächtigungen, welche die oben geschilderte, besondere Art von rechtlichen Positionen schaffen. In beiden Fällen gilt das Papier als Beweisurkunde, als Legitimation[98]. Deshalb **entsteht** bei der schon vorher angenommenen Anweisung das Recht **mit** der **Aushändigung**[99], welche die den Besitz verwirklichende Tatsache ist. Hat noch keine Annahme stattgefunden, so bedarf es zur Wirksamkeit der Anweisungsermächtigungen ebenfalls der Aushändigung. **Ausgeübt** werden kann die Empfangsermächtigung oder das auf dem Akzept beruhende Recht nur **mittels** des **Papierbesitzes.** Der § 785 bestimmt ausdrücklich, daß der Empfänger die Leistung vom Angewiesenen, der schon vorher akzeptiert hat, nur gegen Aushändigung der Urkunde begehren kann. Was man aber

[96] So vor allem Matthiaß und Endemann.

[97] Dieser Ansicht ist Planck und Wendt.

[98] Jakobi, in Ehrenbergs Handbuch des Handelsrechts, 4. Bd. 1. Abt. S. 436 Mitte, sagt deshalb: „Man könnte alle Wertpapiere Legitimationspapiere nennen insofern, als sie alle in irgend einer Weise legitimieren".

[99] In diesem Sinn schon oben im ersten Teil.

aushändigen will, muß man selbst erst besitzen. Endlich **übertragen** werden kann die Empfangsermächtigung oder das Recht aus dem Akzept nur **durch Papierübergabe.** Im Falle der akzeptierten Anweisung kann der neue Gläubiger ohne das Papier, das das Recht verkörpert, keine Leistung vom Angewiesenen verlangen. Daneben ist außerdem gemäß § 792 eine schriftliche Abtretung von Seiten des bisherigen Empfängers notwendig, weil für die Forderungsrechtsübertragung natürlich obligationsrechtliche Grundsätze gelten[100].

Anweisung und Wechsel

So zeigt also die Anweisung einen ausgesprochenen Wertpapiertypus und es erscheint deshalb als gerechtfertigt, sie in die große Klasse der Wertpapiere einzuordnen und das umso mehr, als sie nicht nur als Rektaanweisung, die sie im Sinne des BGB. ist[101], sondern auch als Inhaber- und Orderanweisung im Verkehr vorkommt. Wenn wir die Grenze enger ziehen, so werden wir auf den Wechsel geführt, der eine große Aehnlichkeit[102] mit der Anweisung besitzt und auf den nach Gierke[103], „die für das Anweisungsakzept des bürgerlichen Rechts geltenden Regeln Anwendung" finden. Bei ihm sind ebenfalls ursprünglich drei Personen, der Aussteller, der Bezogene und der Wechselnehmer beteiligt. Es treten weitere hinzu bei einer Uebertragung, die bei ihm die Regel ist und einfacher als bei der bürgerlichen Anweisung geschieht, nämlich durch Indossament. Im Verkehr ist er aus diesem Grund brauchbarer als die Anweisung und das außerdem deshalb, weil der Remittent, der dem Empfänger bei der Anweisung entspricht, und seine Rechtsnachfolger infolge der Haftung des Ausstellers und der Indossanten gemäß dem Wechselinhalt eine günstigere Stellung einnehmen. Normalerweise hat der Bezogene, an den, wie bei

[100] Für das Papier als Sache sind also sachenrechtliche Grundsätze maßgebend, weshalb Jakobi, in Ehrenbergs Handbuch, S. 441 sagt: „Die Uebergabe des W. P. bei der Zession entspricht .... der Sachübergabe bei der Uebereignung; ohne Uebergabe kann der Erwerber hier das Recht, dort das Eigentum noch nicht tatsächlich ausüben".

[101] Unter die Rekta- oder Namenspapiere zählt man sie deshalb, weil nach bürgerlichem Recht eine bestimmte, in der Urkunde bezeichnete Person berechtigt wird. Berechtigt aber erst nach der Annahme; vor dieser verbrieft sie nur Ermächtigungen, worin sie sich allein von den übrigen Rektapapieren unterscheidet.

[102] Vergl. die bei H. Meyer, Akzept, S. 104 Anm. 11. Angeführten und Adler, a. a. O. S. 174. Anm. 63.

[103] Gierke, a. a. O. S. 875.

der Anweisung an den Angewiesenen, der Wechsel sich wendet, die Wechselsumme zu bezahlen und dazu kann er sich, ebenfalls analog dem Angewiesenen, durch Akzept verpflichten. Für diese Verpflichtung aus dem Wechselakzept und die aus dem Anweisungsakzept werden die gleichen Theorien herangezogen[104], nämlich entweder die Kreations- oder die Vertragstheorie, die man auch für die Entstehung der übrigen Wechselverbindlichkeiten, der Haftung des Ausstellers und der der Indossanten, anwendet.

II. Wertpapier- und Akzepttheorien

Vertragstheorien

Alle Verpflichtungen aus Wertpapieren beruhen auf irgend einem Leistungsversprechen des zur Leistung Verpflichteten. Der Obligationsgrund ist in dem Verpflichtungswillen des Schuldners zu suchen. Dies hält Brunner[105] für unbestritten und deshalb faßt er alle uns hier beschäftigenden Wertpapiere unter diesem Gesichtspunkt als Forderungspapiere (obligatorische Wertpapiere) zusammen. Die Verpflichtung kann durch Vertrag oder einseitiges Versprechen übernommen werden. Die erstere Entstehungsursache verteidigt Brunner, indem er, wie vor ihm Thöl[106], im Geben und Nehmen des Papieres den Vertragsschluß erblickt. Zu dieser Ansicht gelangt er auf Grund seiner „Untersuchungen zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde“[107], aus denen erhellt, daß nach ihm „im römischen Recht nicht das Schreiben, sondern das Tradieren (emittere, dimittere, ἀπολύειν) der Urkunde dem Urkundenakte rechtliche Wirkung verlieh“. So wird für ihn also „der schriftliche Vertrag durch die Begebung der vom Aussteller geschriebenen oder unterschriebenen Urkunde perfiziert“. Diese Theorie ist die Begebungstheorie. Für das Anweisungsakzept hat sie ihre wesentlichsten Anhänger in Planck, Wendt und Gierke. Planck konstruiert hierbei die Begebung unter Hinweis auf den auch sonst oft ins Feld geführten

---

[104] Herbert Meyer, a. a. O. S. 103: Die Theorien des Anweisungsakzepts beruhen auf den Theorien des Wertpapierrechts.

[105] Brunner in Endemann's Handbuch des Deutschen Handels-, See- und Wechselrechts (1882) S. 151 und 164 ff.

[106] Thöl, Handelsrecht Bd. 1 S. 671 (1879) und Bd. 2 S. 215.

[107] Brunner, a. a. O. S. 67 ff. (1880).

§ 305[108] folgendermaßen: bei einem Akzept vor Aushändigung sei im Annahmevermerk der Vertragsantrag zu sehen und in der Entgegennahme der Urkunde die Vertragsannahme. Dagegen liege bei einem Akzept nach Aushändigung der Vertragsantrag im Vorlegen und die Vertragsannahme im Akzept. So Planck für das Anweisungsakzept. Für die Inhaberschuldverschreibung aber läßt er die Kreationstheorie gelten. Im Gegensatz zu ihm verfährt Gierke innerhalb des Wertpapierrechts vollkommen konsequent[109]. Da „das BGB. keineswegs zum Bruch mit der Vertragstheorie zwingt", so verficht er diese für alle Wertpapiere und besonders für Order- und Rektapapiere. Nach bürgerlichem Recht entstehe ein Schuldverhältnis erst, wenn ein anderer das Eigentum an der Urkunde erworben habe und deshalb bleibe die Konstruktion des Vorgangs als eines Vertragsschlusses möglich und sachgemäß. Mit dem Versprechen sei dann eben auch das Versprechungsangebot schlechthin dem Papier anvertraut; es gehe daher auch jedem zu, an den das Papier gelange, und werde durch die Eigentumserwerbshandlung angenommen.

In allerneuester Zeit hat sich auch Bernstein[110] für die Begebungstheorie erklärt. Er findet seine Meinung gestützt im Wechselrecht des ALR.[111], das der heutigen Wechselordnung als Grundlage diente und in dem dazu gehörenden unveröffentlichten extractus monitorium. Bei Gelegenheit einer Untersuchung des Artikels 21 Abs. 4 WO., der den Widerruf des Wechselakzepts behandelt, kommt er zu dem Schluß, daß sich das ALR. auf den Boden der Vertragstheorie stellt[112]. Er sagt Vertragstheorie und läßt sich damit eine Ungenauigkeit zuschulden kommen, deren Ueblichkeit auch Meyer wiederholt

[108] Der § 305 läßt Schuldverhältnisse regelmäßig, wenn nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt, durch Vertragsschluß entstehen. Hier schreibe aber das Gesetz nichts anderes vor.

[109] Eine ähnliche Inkonsequenz, wie wir sie bei Planck antreffen, ist auch bei Kohler zu beobachten, der a. a. O. S. 227 und S. 432 ff. auf dem Standpunkt der Kreationstheorie steht und bei Wechsel- und Inhaberpapieren die Ausstellung die Schuldschöpfung sein läßt. Nur das Anweisungsakzept ist für ihn abstrakter Vertrag. Vergl. auch Endemann, a. a. O. S. 1224, 1215, 611 Anm. 8.

[110] Bernstein, J. W. Nr. 14, 49. Jahrgang (1920) S. 955 ff.

[111] ALR. II, 8 §§ 997 ff.

[112] „Eigentlich gehört die Abhandlung von Wechseln zur Lehre von den Kontrakten", monitum 5 zu § 715, II, 8 ALR.

rügt. Der passende und richtige Name, der dieser Lehrmeinung zukommt, ist Begebungstheorie[113]. Die Bezeichnung „Vertragstheorie" dagegen verdient die vor der Begebungstheorie herrschende Meinung, auf die Kuntze[114] und Meyer[115] hinweisen und für die „als Obligierungsmoment der im Konsensualkontrakt ausgedrückte Vertragswille", die Verabredung, galt. Dabei wurde von ihr die Skriptur noch vernachlässigt; sie sei nur Akzidentalie. Das wurde anders mit der Literaltheorie[116] des Wechselrechts. Von ihr sagt Meyer, daß es ihm scheine, als werde sie dem Wesen des Akzeptvertrags auch noch für das heutige Recht am meisten gerecht, da sie die natürlichste Deutung für die Vollendung des Akzepts mit der Niederschrift gebe. Dem ist beizupflichten in Ansehung der Bestimmungen des Art. 21 Abs. 4 und Abs. 1 WO.[117] Indessen haben auch die beiden anderen hier besprochenen Theorien, die Begebungs- und die Vertragstheorie, trotz der vielen gegen sie von der gegnerischen Lehrmeinung, den Vertretern der Kreationstheorie, erhobenen Einwendungen wichtige Momente für die Entstehung der Wertpapierverpflichtungen richtig erfaßt. Die Begebungstheorie, indem sie mit der Begebung „einen Punkt aus der normalen Entstehung des Wertpapierrechts herausgreift", die Vertragstheorie, indem sie die Verpflichtungen als durch Vertrag geschuldet kennzeichnet. „Da das Papier Träger des Rechtes ist, so kann das Gläubigerrecht nur erworben werden auf Grund einer Uebertragung des Papiers. Der Wertpapiervertrag ist, da der Gläubiger nicht nur das Recht aus dem Papier, sondern auch das Recht am Papier erlangen muß, regelmäßig ein Begebungsvertrag, das heißt ein solcher, durch den das Eigentum an dem Wertpapier als Sache auf den Gläubiger übertragen wird mittels Uebergabe und Einigung." So ist die **Begebung der**

[113] Die Begebungstheorie kann man dem Begriff „Vertragstheorie im weiteren Sinne" unterordnen. Unter diesen fällt auch die Vertragstheorie im engeren Sinn (Konsensualvertragstheorie) und die Literalvertragstheorie.

[114] Kuntze, in Endemann's Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts, 4. Bd. 2. Halbband (1884) S. 47 ff.: Die Doktrin des Wechselrechts.

[115] Meyer, a. a. O. S. 12, Mitte.

[116] Als wesentlichen Vertreter der Literaltheorie erwähnt Kuntze, a. a. O. S. 51 vor allem Heineccius.

[117] „Die einmal erfolgte Annahme kann nicht wieder zurückgenommen werden" und „Die Annahme des Wechsels muß auf dem Wechsel schriftlich geschehen".

dingliche Vertrag des Wertpapierrechts. Beim Wechsel hat sie bei dessen sämtlichen Akten nur insoweit Bedeutung, als sie „zur Verschaffung von Besitz und Eigentum am Papier für den Wechselgläubiger erforderlich ist" und diesen Zweck erfüllt sie auch bei der Anweisung[118]. Wesentlich ist sie aber nur im Regelfall[119]. In Ausnahmefällen, wenn etwa der Erwerber auf andere Weise als durch Begebung in den Besitz der das Recht verbriefenden Urkunde gelangt ist, versagt die reine Begebungstheorie vollkommen.

Redlichkeitstheorie

Um indessen auch in diesem Fall den Rechtserwerb einordnen zu können, greift Thöl zu einer Konstruktion, Redlichkeitstheorie genannt, nach der „derjenige der wahre Gläubiger ist, der zuletzt in gutem Glauben das Papier mit dem Gläubigerwillen erworben hat"[120]. Das Fehlerhafte dieser Lehre weist Meyer eingehend nach[121]: Einmal übersehe Thöl, daß es sich dann, wenn der gute Glaube wirksam wird, um einen in die äußere Form der Rechtsübertragung gehüllten Erwerb handeln muß; dann sei im bürgerlichen Recht guter Glauben nur das Heilmittel eines mangelhaften Rechtserwerbs, bei Thöl aber die allgemeine Voraussetzung für einen gültigen Wertpapierrechtserwerb[122], und endlich fordere Thöl zum abgeleiteten Erwerb von Inhaberpapieren nicht eine Eigentumsübertragung, sondern eine bloße Besitzübertragung im guten Glauben mit dem Willen, das Gläubigerrecht zu erwerben. Entsprechend hätte er zu dem Satz gelangen müssen, der abgeleitete Erwerb einer beweglichen Sache erfordere keine Eigentumsübertragung, sondern eine bloße Besitzübertragung mit einseitigem Erwerbswillen und gutem Glauben auf Seiten des Erwerbers, was aber dem Prinzip unseres BGB. zuwiderläuft. Zu alledem macht Meyer der Redlichkeitstheorie noch den Vorwurf, daß sie von der Ausnahme statt von der Regel ausgehe. Thöl dokumentiere das mit der Feststellung, daß „der Glaube des Erwerbers in Betreff des Rechts des Veräußerers" nur für den Fall bedeutend werde,

[118] Vergl. oben, erster Teil.

[119] Heck, Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 37, S. 281: Nach Bestimmung und **regelmäßiger** Verwendung dienen die Inhaberpapiere dazu, eine Obligation durch Geben und Nehmen, durch Vertrag zu erzeugen. In dieser Betonung des **Normalfalls** liegt die Rechtfertigung der Vertragstheorien.

[120] Vergl. dazu Meyer, Akzept S. 15 Anmerkung 17.

[121] Meyer, a. a. O. S. 14 ff.

[122] Thöl, a. a. O. I § 251.

wo „dieser weder der wahre Gläubiger noch auch vom wahren Gläubiger ausreichend ermächtigt" sei[123]. Diese Aushilfskonstruktion, die wir nach den vorhergehenden Erörterungen für unzureichend halten müssen, eignet sich auch Grünhut an. Für ihn beruhen alle Wechselverpflichtungen auf dem echten, einseitigen Skripturakte. Dessen Wirksamkeit sei nur noch bedingt dadurch, daß sich die Skriptur im Besitze eines redlichen, formell legitimierten Inhabers befinde[124]. Damit zeigt sich Grünhut, der mit seiner Redlichkeitstheorie den „einheitlichen Entstehungsgrund" der Wechselverpflichtungen gefunden zu haben glaubt, im übrigen als ein Anhänger des gegnerischen Lagers, als ein Vertreter der Kreationstheorie.

Theorien des einseitigen Aktes

Diese wurde von Einert's Nachfolger, Liebe, Kuntze und Siegel begründet. Einert selbst hatte in seinem Werk „Das Wechselrecht"[125] mit der Kennzeichnung des Wechsels als „das kaufmännische Papiergeld", vom Manne von Zelebrität kreiert, einen wirtschaftlichen Ausgangspunkt für seine Konstruktionen geschaffen und das ganze Schwergewicht auf das Papier, in die Skriptur, gelegt[126]. Auf dieser Grundlage kam Liebe[127], der sich wissenschaftlich eingehender mit der rechtlichen Natur des Wechsels beschäftigte und den Meyer[128] für den ersten Begründer der Kreationstheorie hält, zu der Meinung, es sei der Wechsel ein formales, nicht zweiseitiges Rechtsgeschäft, bei dem die Ausgebung die Entstehung eines ganz eigentümlich motivierten Nomens bewirke. Mit Kuntze[129] erst

[123] Derselbe a. a. O. I § 227.

[124] Grünhut, Wechselrecht, 1. Bd. (1897), Vorwort und S. 290 ff. Der WO. genüge der bloße Besitzwechsel als juristisches Mittel für die Uebertragung der dem Papier einverleibten Forderung. Vergl. auch S. 326 ff.

[125] Einert, a. a. O. S. 32 ff. und S. 49 ff.

[126] Damit nähert sich Einert der oben besprochenen Literaltheorie.

[127] Liebe, Entwurf einer Wechselordnung für Braunschweig, S. 42 ff.

[128] Meyer, Akzept S. 40 Anmerkung 29.

[129] Kuntze, a. a. O. S. 58 Nr. 4. An dieser Stelle zählt er sechs von ihm unterschiedene Gruppen von Wechseltheorien auf. Außer denen, die wir hier besprechen, erwähnt er noch die Emissions- und die Personifikationstheorie. Erstere verlangt keine Begebung, sondern lediglich eine Fortgabe und eine Aneignung als getrennte Akte. Letztere nennt den Wechsel selbst den eigentlichen Gläubiger, den der Aussteller als seinen Gläubiger anerkannt habe und dessen Repräsentant und Vertreter der Inhaber sei. Zu bemerken ist noch, daß H. O. Lehmann in seinem Lehrbuch des Wechselrechts außer den Theorien vor Einert neun weitere, also im Ganzen fünfzehn Wechseltheorien bespricht. Vergl. ebenda S. 145 ff.

beginnt die eigentliche Kreationstheorie, „welche für die formelle Entstehung der obligatio (in der Person des Nehmers) keine Rücksicht auf die Unredlichkeit nimmt und also auch den unredlichen Besitzer, selbst den Dieb, in logischer Konsequenz des Prinzips berechtigt werden läßt, aber die höhere Gerechtigkeit dadurch wahrt, daß sie dem Aussteller eine actio und exceptio doli gegenüber dem unredlichen Besitzer gewährt“[130]. Indessen „liegt — so sagt Heck für die Inhaberpapiere[131] — für die Gläubigerstellung des Diebes oder die Annahme einer Obligation, so lange sich das Papier in den Händen des Ausstellers befindet, weder Anhalt noch Bedürfnis vor“. Auch ist es — wie Brütt[132] zu bedenken gibt — „ein unnötiger Umweg, zunächst dem Dieb das Eigentum und die Gläubigerschaft feierlich zuzusprechen, um ihm dann die Ausübung seiner Rechte durch Gewährung einer exceptio doli zu vereiteln“. Aus diesem Gesichtspunkt heraus muß man der heute herrschenden Kreationstheorie[133] recht geben, wenn sie in solchen Fällen das weitere Erfordernis eines guten Glaubens des Erwerbers, dem Art. 74 WO. und dem § 796 Rechnung tragend, für notwendig erachtet, damit allerdings ein Moment wesentlich sein läßt, das bereits außerhalb des Gebiets der eigentlichen Kreationstheorie liegt, und so zwar keineswegs konsequent, aber doch mehr den Bedürfnissen entsprechend entscheidet als die Kuntze'sche Theorie.

Diese moderne Ansicht, an die sich ihrem Wesen nach die schon oben behandelte Redlichkeitstheorie reiht, steht in krassem Gegensatz zu Siegel, der mit seiner Lehre vom einseitigen Versprechen[134] die reinste, der Kuntze'schen am nächsten verwandte Kreationstheorie aufgestellt hat. Für ihn ist der Verpflichtungsgrund bei Rekta-, Order- und Inhaberpapieren die Verschreibung als ein bloßes, einseitiges Versprechen, für dessen Wirksamkeit er als Voraussetzung erfordert, „daß die Urkunde in die Hand der genannten, bzw. überhaupt irgend einer von dem Aussteller verschiedenen Person gekommen sei“. Gleich Kuntze bedeutet nach ihm die Ausfertigung der Skriptur die verpflichtende Willensäußerung des Disponenten. Wäh-

[130] Ebenso Siegel, Das Versprechen als Verpflichtungsgrund, S. 114, wo er diese Konsequenz „als eine leidige, aber unvermeidliche“ mit in Kauf nimmt.

[131] Zeitschrift für Handelsrecht 37 S. 280.

[132] Brütt, a. a. O. S. 217.

[133] Vergl. Meyer, Akzept S. 14.

[134] Siegel, a. a. O. S. 108 ff.

rend aber Kuntze ihre „Wirksamkeit" suspendiert bis zur „Nehmung" des Papiers, die eine zweite Willensäußerung darstellt, sieht er von ihr ab und bedingt den Eintritt der Wirksamkeit „durch den Eintritt eines bloßen Tatbestandes ohne Wissen und Willen des Berechtigten", nämlich durch das „Haben" der Urkunde. Demgemäß sind bei beiden Autoren die Verpflichtungserklärungen erst wirksam mit je einem weiteren Erfordernis, das zum Herstellungsakt treten muß und mit dem, wie Siegel nachweist[185], in der Kuntze'schen Konstruktion eine „nahe Berührung" mit einem Vertrag herbeigeführt wird. Der Erklärungswillen selbst allerdings ist schon mit der Ausstellungshandlung geäußert.

Mit diesem ursprünglichen Gedanken der Lehre vom einseitigen Akt gipfelt der Streit mit der Begebungstheorie — und dafür stimmen auch Gierke, Jakobi und Meyer[186] — weniger in der Frage nach der Entstehungsart (ob einseitiger Akt oder Vertrag), als vielmehr in der Frage nach der Entstehungszeit, d. h. darin, in welchem Zeitpunkt der Verpflichtungswille vorhanden ist. Nun, sicherlich nicht bereits mit der Ausstellung[187]. „Geschichte und Verkehrsanschauung ergeben gleichmäßig, daß der Aussteller regelmäßig nur beabsichtigt, die spätere Begebung vorzubereiten, nicht, sich ohne Begebung zu verpflichten[188]." „Der natürliche Mensch denkt gar nicht daran, sich durch die bloße Ausstellung verpflichten zu wollen. Er rechnet vielleicht mit der Möglichkeit, daß er gemäß des ausgestellten Scheines von Rechtswegen verpflichtet werden könne, wenn das Papier in die unrechten Hände, und ohne sein Zutun in die Hände des im Papier als berechtigt Bezeichneten gelangen

[185] Siegel, a. a. O. S. 122 ff. Wie bereits der Name der Kuntze'schen Theorie auf einen zweiseitigen Akt passe — Siegel zieht einen Vergleich zur Zeugung im animalischen Leben und der Geburt —, so zeige sie auch in Wirklichkeit eine Zweiseitigkeit. Während zum Vertrag die reelle und lebendige Kooperation der Parteien gehöre, bestehe der Rechtsakt schon in der Ausfertigung der Skriptur (aktiver Willen), die noch der Nehmung des Papieres (passiver Willen) bedürfe. Der Unterschied liege also darin, daß das eine Mal die zweite Willensäußerung zum Bestande eines Vertrages notwendig sei; das andere Mal habe sie nur akzessorische, sekundäre, rezeptive Bedeutung.

[186] Gierke, a. a. O. S. 316 Anmerkung 22; Jakobi, Wertpapiere (1901) S. 189; Meyer, Akzept S. 13.

[187] Wir spezialisieren uns im Folgenden zunächst auf das Inhaberpapier.

[188] Heck in Zeitschrift für Handelsrecht 37 S. 280.

sollte." Aber dann würde seine „Haftung sehr gegen seinen Willen eintreten". „Er zeigt unter Umständen recht deutlich, daß sein Wille bei der Ausstellung nicht auf Verpflichtung gerichtet ist, z. B. dadurch, daß er die erst auszugebenden, unterschriebenen Scheine in einen diebessicheren Schrank verschließt. Das Wesen der rechtsgeschäftlichen Verpflichtung beruht aber gerade in dem Willen, verpflichtet zu werden," und an diesem fehlt es bei der Ausstellung offenbar.

Die Kreationstheorie deutet ihn aber zweifellos in die Ausstellung hinein und nimmt deshalb im Grunde eine Fiktion an, die allerdings ihre Stütze im § 794 hat. Es ist aber „daran festzuhalten, daß der Gesetzgeber Fiktionen nicht nötig hat, um eine bestimmte Norm zu begründen". Daher ist eine Fiktion dann noch nicht bewiesen, wenn das Gesetz Vorschriften gibt, die sich **auch** auf eine Fiktion zurückführen lassen[139].

Wie für die Inhaberpapiere ist aber auch die Kreationstheorie für die Akzepte, das Wechsel- und das Anweisungsakzept, abzulehnen. Von Begebung[140] kann deshalb keine Rede sein, weil die WO. und der § 784 die Verpflichtung bereits mit der Niederschrift des Annahmevermerks eintreten läßt, weil gegen sie auch spricht, daß der Vorleger weder der Berechtigte noch sein Vertreter sein muß, und weil ein Bote, ja sogar ein Unberufener, genügt. So bleibt anscheinend nur die Kreationstheorie übrig, die sehr viel Bestechendes gerade für das Akzept hat, weshalb sich auch Jakobi[141], der doch im übrigen auf anderem Boden steht, wenigstens im Prinzip für sie entschieden hat. Indessen ist auch hier ein nach unserem Ermessen wesentlicher Einwand gegen sie gegeben. Wenn die Annahme wirklich eine rein einseitige, nicht empfangsbedürftige Willenserklärung ist, so können — was aber gemäß § 784 nicht der Fall ist — Willensmängel im Sinne der §§ 116, 117 und 123 nicht geltend gemacht werden, denn diese Paragraphen beziehen sich

---

[139] Die angeführten Stellen sind Jakobi, Wertpapiere (1901) S. 170 entnommen.

[140] Wir denken hierbei nur an die Einholung des Akzepts, wenn bei der Anweisung der Empfänger schon im Besitz der Anweisungsurkunde ist. Um die Urkunde zu haben, braucht es allerdings normalerweise einer Begebung, die als dinglicher Vertrag erscheint und mit dem Papier zugleich die Legitimation (Ermächtigung) dem Inhaber verschafft.

[141] Jakobi, Wertpapiere (1901) S. 191 ff. und 295 ff. Er selbst will diese unsere Behauptung nicht wahr haben. S. 199.

nur auf ankunftsbedürftige Erklärungen. Zwar ist Jakobi[142] zuzugeben, daß diese Paragraphen anzuwenden sind auch auf solche Erklärungen, die ohne Zugehen wirksam sind, aber es ist ein Unterschied zu machen zwischen eben diesen Willenserklärungen und solchen, wie sie die Kreationstheorie sich denkt. Anfechtbar wegen Willensmängeln im Sinne des BGB. – dies scheint bei den meisten Autoren festzustehen – sind alle diejenigen Willenserklärungen, die, mögen sie empfangsbedürftig sein oder nicht und durch eine willensäußernde Handlung erklärt werden, Erklärungsgegner haben, einen oder mehrere (auch Behörden sind hierunter einbegriffen). Von diesen Personen wird man füglich eine gewisse Bestimmtheit verlangen können und sie wird auch tatsächlich vom BGB. gefordert. Anders ist es bei den Willenserklärungen im Sinne der reinen Kreationstheorie. Bei ihnen soll eine Wirksamkeit mit der Niederschrift eintreten, ob nun ein Erklärungsgegner vorhanden ist oder nicht, also auch mit der Ausfertigung eines Blankowechsels, der vielleicht nur zu Uebungszwecken ausgestellt wurde. So erscheint bei ihr das Vorhandensein eines Erklärungsgegners als ein verhältnismäßig unwesentlicher Umstand, was von den Willenserklärungen des BGB. nicht gesagt werden kann, und gerade darin liegt unseres Erachtens die Verschiedenheit, die uns veranlaßt, die Anfechtbarkeit als nicht vereinbar mit der reinen Kreationstheorie zu behaupten und letztere deshalb auch für die Akzepte für unzulänglich zu halten[143].

III. Die Theorie Herbert Meyer's

Der Effekt der obigen Betrachtung ist, daß das Bild, das wir von der theoretischen Fundierung des Wertpapierrechts erhalten, ein sehr wenig einheitliches, ja sogar ein sehr zerrissenes ist und daß alle bisherigen Theorien, die dieses Bild ausmachen, mehr oder weniger unbefriedigend sind. Kein Wunder, sondern eine notwendige Folge davon ist das häufige Wechseln des Standpunktes in den Entscheidungen unseres obersten Gerichts.

[142] Jakobi, Wertpapiere (1901) S. 195 ff. Seine Untersuchungen ebenda sind unseres Erachtens nicht überzeugend.

[143] Vergl. Hans Lehmann, Die rechtliche Natur des Wechselsakzepts nach der geltenden Wechselordnung und nach der zukünftigen Weltwechselordnung (1916), Greifswald, Dissertation S. 17–20; Lehmann kommt auf Grund anderer Argumente zum gleichen Schluß.

„Das Reichsgericht schwankt[144]." Es schwankt von der Auffassung des Akzeptvertrags als eines Begebungsvertrags zwischen Akzeptanten und Präsentanten[145], über eine Kompromißtheorie[146], die Vertrags- und Kreationstheorie verbindet und den Vertragsschluß des Ausstellers mit dem Bezogenen durch die Niederschrift des Akzepts geschehen läßt, bis zur Kreationstheorie[147], die heute als von ihm vertreten gilt, neuerdings aber einer „vorsichtigen Formulierung" Platz macht[148]. Den Grund dazu sehen wir, wie schon oben bemerkt, darin, daß sämtliche Theorien keine befriedigende Lösung finden. Es ist aber doch zuzugeben, was beinahe immer der Fall sein wird, — und wir haben es auch oben zugegeben —, daß keine von ihnen als durchaus falsch bezeichnet werden kann.

Verträge zugunsten Dritter im Wertpapierrecht

Jede ist in beschränktem Maße richtig[149]. Hat man das erkannt, so liegt es nahe, die Vorteile der einzelnen Theorien durch eine geeignete Konstruktion zu verbinden in der Art, wie es nach unserer Meinung nur Herbert Meyer[150] mit Erfolg getan hat. In Nachfolge eines schon von Hellwig[151] ausgeführten Vorschlags, zu dem in gewissem Sinne die Stellungnahme des ROHG. eine Vorstufe bildet[152], konstruiert er Wechsel- und Anweisungsakzept und überhaupt den Wertpapiervertrag als **abstrakte[153] Verträge zugunsten Dritter, die skripturmäßig zustande kommen.**

[144] Staub, Komentar zur WO. 8. Aufl. (1912) Anmerkung 1 zu Art. 21.

[145] RGE. 2 (1880) S. 90 ff.; 14 (1886) S. 23 ff.

[146] RGE. 7 (1882) S. 120; 9 (1883) S. 59.

[147] Holdheim's Monatsschrift 22 (1913) S. 191

[148] RGE. 77 (1912) S. 140 ff.

[149] Die meistbesprochenen Kontroversen auf dem Gebiete der Inhaberpapiere gehen auf gegensätzliche Anschauungen in allgemeineren Punkten zurück, sodaß selbst gegenüberstehende Ansichten als relativ berechtigt erscheinen. So Heck, Zeitschrift für Handelsrecht 37 S. 277 und ebenso S. 283 unter Hinweis auf den Gegensatz in der Umgrenzung des Successionsbegriffs.

[150] Meyer in „Das Akzept".

[151] Hellwig, a. a. O.

[152] Meyer, a. a. O. S. 45, formuliert die Ansicht des ROHG. dahin, daß die Tratte ein Antrag sei zu einem abstrakten formalen Wechselvertrag, gerichtet auf Uebernahme einer Zahlungspflicht gegenüber einem Dritten, dem Remittenten oder seinen Rechtsnachfolgern, der durch das Akzept des Bezogenen angenommen werde.

[153] Meyer, Akzept, S. 49 unten. Vergleiche dazu Hellwig, a. a. O. S. 270 ff. über abstrakte Verträge und Hans Lehmann, a. a. O. S. 29, der auch diese Konstruktion wählt.

Die Gründe für diese Auffassung beim Anweisungsgeschäft haben wir im ersten Teil angegeben. Sie für die übrigen hier erwähnten Rechtsgeschäfte zu erörtern, würde zu weit führen. Jedenfalls aber — dies ist hier zu bemerken — wird Herbert Meyer auch für sie allen bisherigen Theorien in dem Maße gerecht, indem es ihnen gebührt: der **Vertragstheorie** insofern, als er in den Wertpapierverpflichtungen Vertragspflichten erblickt; der **Begebungstheorie** deshalb, weil er zum Erwerb des Eigentums, das zur Legitimation nötig ist, eine Begebung für erforderlich hält, wie es auch das RG. von jeher für die Ausgabe des Wechsels annahm[154]. Endlich der **Kreations-** und der **Literaltheorie** insofern, als er bei den Akzepten mit der skripturellen Annahme eine Verpflichtung entstehen läßt. Das alles paßt und gilt aber nur für den Regelfall, auf die normalen Vorgänge der hier behandelten Geschäfte. Um aber die Ausnahmefälle[155] systematisch günstig zu erfassen, eine prägnante Bezeichnung zu erreichen und sie handlich einordnen zu können, muß ein der juristischen Terminologie neuer Begriff verwendet werden, der ein unser ganzes bürgerliches Recht durchziehendes Prinzip darstellt. Welches das ist, wird sich aus der folgenden Untersuchung ergeben, bei der wir zweckmäßigerweise, weil das Gesetz für sie derartige Fälle ausdrücklich geregelt hat, auf die Inhaberschuldverschreibung zurückgehen.

In § 794 bestimmt das Gesetz: „Der Aussteller wird aus einer Inhaberschuldverschreibung auch dann verpflichtet, wenn sie ihm gestohlen oder verloren gegangen oder wenn sie sonst ohne seinen Willen in den Verkehr gelangt ist." Dieser Paragraph hat seine Ergänzung in § 935 Abs. 2, nach dem der Eigentumserwerb bei Inhaberpapieren auch dann eintritt, wenn das Papier irgendwie ohne den Willen des Berechtigten in andere Hände geraten ist. Aus diesem Paragraphen erhellt weiterhin, daß eben diese Regelung eine Ausnahme von den sonst im Mobiliarsachenrecht üblichen Grundsätzen ist und daß sie eine wesentliche Erleichterung des Eigentumserwerbs[156] zur Folge hat.

[154] Vergl. Juristische Wochenschrift 45 (1916) S. 264. ff.

[155] Heck, Zeitschrift für Handelsrecht 37 S. 281: Die Vorschrift, daß der Gegenbeweis (Beweis gegen die Vermutung, eine Begebung habe stattgefunden) im Interesse des redlichen Erwerbers für wirkungslos erklärt wird, lasse sich als Ausnahmebestimmung auffassen.

[156] Vergl. Jakobi, Wertpapiere (1901) S. 174.

Warum nun diese Ausnahme und diese Erleichterung? Der Grund liegt – so hat es sich die Theorie zu denken – natürlicherweise in der Eigenart des fraglichen Geschäfts, in der **Form**[157]. Mehr als sonst der bloße Besitz einer Sache läßt hier die Form auf einen wahrhaft Berechtigten schließen, weshalb Brunner unter Betonung dieser Wirkung der Skriptur geradezu von „Wertpapieren öffentlichen Glaubens" spricht, deren Wortlaut zugunsten des gutgläubigen Erwerbers unbedingt maßgebend sei[158]. Brunner's Ansicht bildet aber nur ein Glied in der fortschreitenden Erkenntnis, die bis zur modernen Auffassung deutlich verfolgbar ist. Seine Vorgänger waren zu einer derartig bestimmten Formulierung der ratio und einer solchen Hervorhebung des wesentlichen Punktes noch nicht gekommen. Sie begnügten sich damit, ganz allgemein zu finden, daß eine Haftung des Ausstellers im Interesse des Verkehrs liege und für die im Umlauf befindlichen Papiere notwendig sei. Ihre juristische Basis habe diese verkehrsnotwendige Haftung in einem diesbezüglichen Willen des Ausstellers bei der Ausstellungstätigkeit, in die sie entweder eine Verpflichtungserklärung und einen dahin gehenden Willen hineinlegten oder der sie eine Garantieübernahme[159] gegenüber allen Inhabern für die Richtigkeit des Versprechens unterstellten. Beide Erklärungen sind Kreationstheorien, die eine eine unverfälschte, weil sie eine Verpflichtung, die andere eine verkappte, weil sie, aus dem Wunsche herausgeboren, die erste zu halten oder zu ersetzen, ein Garantieversprechen mit der Ausstellung kreieren läßt[160]. Wir haben sie aber auch hier für diese Ausnahmefälle – nicht für die unter II dieses Teils behandelten Regelfälle, in denen zweifellos eine Begebung vorliegt – abzulehnen, weil sie auf Fiktionen[161] hinauslaufen und eine „Als-ob-Philosophie" auch dann noch nicht als angebracht[162] erscheint, wenn man in der gesetzlichen Regelung wie z. B. die Motive des ersten Entwurfs eine Anerkennung der Kreationstheorie erblickt. Diese

Die Form

[157] „Die Sätze für den Eigentumserwerb sind alle" – also auch § 935 Abs. 2 – „nur mit Rücksicht auf den **Stoff**, an dem Sachenrechte begründbar sind, aufgestellt". So, das heißt in ähnlichem Sinn wie oben, sagt Jakobi bei Ehrenberg S. 285.

[158] Brunner, a. a. O. S, 168.

[159] Vergl. Jakobi, Wertpapiere (1901) S. 175.

[160] Vergl. Angabe der vorhergehenden Anmerkung.

[161] So schon oben.

[162] Jakobi bei Ehrenberg, S. 284.

Anerkennung ist indessen nur eine vermeintliche, denn mit der Einschränkung des Forderungsrechtserwerbs auf Gutgläubige (§ 796) ist die Kreationstheorie bereits aufgegeben[163].

Gerade in der Bestimmung des § 796 setzt eine Interessenabwägung ein, die Grünhut[164] vornimmt. Der § 796 in Verbindung mit § 794 und § 935 drücke aus, daß der redliche Erwerber Eigentum an dem abhanden gekommenen Wertpapier — Grünhut denkt speziell an den Wechsel — erwerbe, weil seine Redlichkeit einen Schutz verlangt und verdient. Er werde forderungsberechtigt in dem Umfang, in dem es „die vorhandene in Ordnung befindliche **äußere** Form" angibt, „obwohl bei der Herstellung dieser Form jeder **Geschäftswille** gemangelt hat". Die Form trägt über die Sache den Sieg davon[165]. Derjenige, von dem die Form ausgegangen ist, muß die Rechtsfolgen der Form tragen, die darin bestehen, daß „der Abschluß des Rechtsgeschäfts" fingiert wird[166]. Mit dieser Anschauung kommt Grünhut der neuzeitlichen Auffassung ziemlich nahe. Vor ihm hatte schon Heck beiläufig einige in gleicher Richtung liegende Gedanken geäußert, die sich der modernen Formulierung noch mehr nähern und die wir weiter unten anführen.

Rechtsschein

Grünhut benützt also nach dem Erwähnten eine Fiktion. Das tut auch Brunner[167], indem er sagt: „die dispositiven **Erklärungen,** welche das Papier enthält, **gelten für gewollt**". Derartige Formulierungen sind aber unzweckmäßig, weil, wie schon für die Kreationstheorie bemerkt wurde, eine „Als-ob-Philosophie" da unnötig ist, wo „die Voraussetzungen" der Normierung „nach den Regeln der juristischen Terminologie wiedergegeben" werden können[168], ohne daß man Fiktionen verwendet, vielmehr mittels eines einleuchtenden, allgemein gültigen Prinzips. Und das kann man hier. Für die

[163] Vergl. unsere Ausführung oben, Jakobi bei Ehrenberg, S. 291 unten und 292 oben: Meyer, Akzept, S. 14 Abs. 2.

[164] Grünhut, Wechselrecht (1897), (Binding) S. 325 ff.

[165] Ebenso Brunner, a. a. O. S. 168: das Recht bestehe so, „wie es aus dem Papier appariert".

[166] Vergl. Grünhut, Wechselrecht (1897) S. 327 und ebenda Anmerkung 4 und 5: „so muß man auch hier die Folgen der vorhandenen Form tragen, obwohl sie nicht ein Produkt des wirklichen Geschäftswillens des Handelnden ist, obwohl der Geschäftswille kraft Rechtsvorschrift nur fingiert wird".

[167] Brunner, a. a. O. S. 169.

[168] Heck, Zeitschrift für Handelsrecht 37 S. 278 Ende ist diese Ausdrucksweise entnommen.

Erklärungen, die das Papier enthält, ist es nicht, als ob sie gewollt seien — denn darin läge die offenbar den Tatsachen widersprechende Unterstellung eines vorhandenen Verpflichtungswillens —, **sondern es scheint, als seien sie gewollt.** Dieser **Schein,** durch die Skriptur verstärkt, ist der springende Punkt in der Interessenabwägung, die nun einzusetzen hat und die einen sinnvollen Berechtigungs- und Verpflichtungsgrund in sich birgt. Heck[169] sagt schon 1890: „der Umlauf rechtfertigt die Vermutung, daß eine Begebung stattgefunden hat". Und deshalb entsteht der Schein eines vorhandenen Rechts. Dieser **Rechtsschein** erweckt das Vertrauen des Redlichen und dieses Vertrauen muß im Interesse des Verkehrs dadurch geschützt werden, daß man den Redlichen berechtigt werden läßt. Darum spricht Heck in richtiger Erkenntnis des in Frage stehenden Interesses vom „Schutz des Vertrauens"[170]. Es ist dies einer aus den vielen Fällen, wo das Gesetz den auf den Schein Vertrauenden schützt, wo der Schein für Sein gilt. Man denke nur an das Grundbuch und an das Handelsregister[171].

Verpflichtungsgrund

So zieht der eine der Beteiligten, der Redliche, einen Vorteil aus dem Schein, der andere Beteiligte, der Aussteller, hat den Nachteil des Scheins: er wird verpflichtet. Verpflichtet warum? Da der Wille dazu bei ihm fehlt, so kann die Grundlage dafür nur noch, wenn man schon ein Motiv dafür finden will, seine **Tätigkeit,** seine **Handlung** bei der Ausstellung bilden. Und so ist es auch. „Nur der Aussteller hat die Möglichkeit" — bemerkt Heck[172] — „bei ungünstigen Schutzverhältnissen die Fertigstellung des Papiers hinauszuschieben". Stellt er tatsächlich die Urkunde aus, so nimmt er das **Risiko** auf sich; **er trägt die Gefahr,** die das Ausstellen eines Wertpapiers mit sich bringt.

---

[169] Heck, Zeitschrift für Handelsrecht 37 S. 281.

[170] Heck, Zeitschrift für Handelsrecht 37 S. 283 Mitte und Ende.

[171] Vergl. dazu Herbert Meyer, „Das Publizitätsprinzip", „Der Rechtsschein des Todes" (Festgabe für Brie) S. 76 und „Handelsregistererklärung und Widerruf der Prokura" in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, Bd. 81 S. 388 ff.: „Die Veranlassung des Rechtsscheins als Grund der Haftung des Erklärenden". Weitere Anwendungsmöglichkeiten seiner Theorie behandelt Meyer nur exkursorisch. Hierbei ist vor allem zu erinnern an die §§ 370, 405, 407—409, 784, 794, 796, 892, 932, 1435, BGB.; §§ 15, 364, 365, 366, HGB und Art. 74 WO.

[172] Heck, Zeitschrift für Handelsrecht 37, S. 279.

Veranlassungsprinzip

Damit ist aber noch nicht der leitende Gedanke ausgedrückt, das alle ähnlichen Fälle umfassende Prinzip, das auch hier der Verpflichtungsgrund ist, nämlich das Veranlassungs-, das Verursachungsprinzip[173]. „Der Schuldner hat auf eigene Gefahr gehandelt, er wird also nach dem deutschen Veranlassungsprinzip in Anspruch genommen“[174], jenem Prinzip, das sich heute — ganz allgemein betrachtet — zusehends eine maßgebende Stellung erringt und in den modernen RG.-Entscheidungen immer mehr als Haftungsgrund neben die Verschuldung tritt[175], auf die man auch schon fälschlicherweise die hier besprochene Erscheinung zurückführen wollte[176]. Fälschlicherweise, denn die Haftung entsteht ja auch ohne jedes Verschulden des Herstellers. Er hat den Schein hervorgerufen, den Schein einer vertragsmäßigen Verpflichtung, einer schon stattgefundenen Begebung, muß ihn gegen sich gelten lassen und „haftet nicht bloß auf Schadensersatz, sondern . . . . . nach den Vertragsregeln auf Erfüllung nach Maßgabe des Scheines“[177].

Diese beiden Gedanken, zu denen kein allzu weiter, bei Jakobi in der ersten und zweiten Auflage seiner Wertpapierabhandlung[178] deutlich verfolgbarer Schritt führt, gebührend hervorgehoben zu haben, ist das Verdienst Herbert Meyer's. Er hat mit dem **Rechtsschein,** der durch die im Verkehr der Menschen miteinander „kundbare äußere Erscheinung der Rechte als typische Form“ begründet wird, und mit dem **Veranlassungsprinzip** zwei wichtige „Leitsätze für die einheitliche Erfassung und den weiteren Ausbau unseres bürgerlichen Rechts“

[173] Vergl. Meyer, Akzept S. 26 Mitte.

[174] Jakobi, bei Ehrenberg, S. 286; vergl. auch Meyer, Akzept S. 21 ff.

[175] Vergl. dazu die Erörterung auf S. 24 Anmerkung 40, Meyer, Akzept, die dort angeführten RG.-Entscheidungen und Hedemann, Fortschritte des Zivilrechts, I (1910). — Beispiele für die Anerkennung des Veranlassungsprinzips im Gesetz bilden vor allem die Anfechtung und besonders der § 122 — Meyer nennt ihn das einzige Beispiel einer praktischen Anerkennung seiner Theorie —, wo gleichfalls die Verpflichtung zum Ersatze des Vertrauensschadens auf das Veranlassungsprinzip zurückzuführen ist.

[176] Jakobi, bei Ehrenberg, S. 286 unten.

[177] Vergl. Jakobi, S. 288 und 289. An dieser Stelle zieht er mit dem § 892 im Immobiliarsachenrecht eine Parallele dazu. Dort haftet der Grundeigentümer nach den Grundsätzen eines Vertrags, „weil durch die Eintragung der Hypothek der Schein von ihrem Bestande erzeugt ist“.

[178] Jakobi's Abhandlung bei Ehrenberg stellt — vergl. sein Vorwort dazu — die zweite Auflage von „Die Wertpapiere“ dar, die 1901 erschienen.

ausgesprochen. Aber nicht ohne Gegner zu finden[179]. Doch schien ihm „angesichts der von der immer stürmischer verlangten freien Rechtsfindung zu besorgenden Gefahren" mit Recht ein Hinweis auf die Geltung dieser Prinzipien als nützlich und außerdem als geeignet zur Ausfüllung vorhandener Lücken. Letzteres trifft zu insofern, als diese beiden Gedanken in gegenseitiger Durchdringung ein Musterbeispiel von **Interessenabwägung**[180] darstellen. Es ist gerechter, denjenigen haften zu lassen, von dem die Form ausgeht, der den Schein veranlaßt, als den, der auf den Schein einer in Ordnung befindlichen äußeren Form vertraut[181].

So verhelfen dank der in ihnen liegenden Interessenabwägung zwei Prinzipien, die wir im Vorhergehenden entwickelt und von der Ansicht früherer Autoren abgeleitet haben, der **relativen Gerechtigkeit**[182] in Ausnahmefällen der Inhaberschuldverschreibung zum Sieg. Das gleiche Urteil gewinnen wir für alle ähnlich gearteten Fälle im Wertpapierrecht überhaupt und auch, worauf es uns hier ankommt, für den **Ausnahmefall beim Anweisungsgeschäft.** Liegt eine mangelhafte oder ungültige Anweisung vor, so kann kein Vertrag die Akzeptverpflichtung begründen. Nur durch die Rechtsschein- und Veranlassungstheorie wird im Falle der mangelhaften oder ungültigen Ausstellererklärung die Verpflichtung aus der Anweisungsannahme bestätigt. Dies ist die **zweite Formel,** die das System für das Anweisungsgeschäft benötigt. Im Gegensatz zur Formel für den Regelfall, die altbekannte juristische Begriffe verwendet, enthält sie moderne Begriffe, die einen stichwortartigen Hinweis auf eine Interessenabwägung darstellen. In diesem speziellen Fall ist aber die Prüfung der beteiligten Interessen nicht vor-

[179] Ein Gegner der Rechtsscheintheorie, der sie nach Meyer's eigener Ansicht „fast durchweg mißversteht", ist besonders Julius von Gierke in der Zeitschrift „Das gesamte Handels- und Konkursrecht" Bd. 70 1911, S. 398.

[180] Die Bedeutung der Interessenabwägung für unser gesamtes modernes Recht weist Heck in ausführlicher Weise nach im Archiv für Zivil-Praxis Bd. 112: Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz. In diesem Band gibt er auch mit einem „Gutachten betr. die Anatomieversorgung in Württemberg" ein eingehend bearbeitetes praktisches Beispiel dafür.

[181] In diesem Sinne auch Meyer, Akzept S. 22.

[182] So Meyer, Akzept S. 22.

genommen, um eine Lücke im Gesetz auszufüllen, sondern es ist, weil die vorhandene Terminologie keinen passenden Begriff aufweist, geradezu der Inhalt des im Gesetz zur Entscheidung gebrachten Interessenkonflikts, das dort gefällte Werturteil, zur Formel benützt.

Die Anwendung dieser zweiten Formel wird aus den Erörterungen des vierten Teils hervorgehen, vor den der dritte Teil tritt, der einer Vertiefung unserer Ansicht im Regelfall dient.

Dritter Teil

Die Anweisungselemente

Im Prinzip ist es unserer Rechtslehre — wie auch die oben angeführte Stelle von Herbert Meyer zeigt[183] — neben anderen Zielen darum zu tun, unser vorhandenes Recht einheitlich zu erfassen. Dies ist für die Anweisung erreicht, wenn wir mit unserer Ansicht über ihr Wesen recht haben. Für die Richtigkeit einer Ansicht spricht aber eine von möglichst vielen Gesichtspunkten ausgehende Untersuchung, die immer zum gleichen Ergebnis kommt und deshalb nach allen Seiten stichhaltig ist.

Nun hat sich für uns bereits von zwei Gesichtspunkten aus das Gleiche ergeben. Wir kamen im vorhergehenden Teil — wir betrachteten dort das Anweisungsakzept und das Anweisungsgeschäft überhaupt vom Gesichtspunkt ihres Wertpapiercharakters und von den Wertpapierrechtstheorien aus — zur gleichen Ansicht wie im ersten Teil, wo wir das Anweisungsgeschäft ausgehend von den abgelehnten Anweisungstheorien behandelt haben, zum gleichen Resultat insofern, als wir feststellen konnten, daß gerade der Wertpapiercharakter der Anweisung für unsere Konstruktion eines abstrakten, skripturellen Vertrags zugunsten eines Dritten spricht.

In diesem dritten Teil wollen wir nun unserem Standpunkt eine weitere Stütze geben und ihn vertiefen, indem wir — und darin liegt eine Betrachtung unter einem neuen Gesichtspunkt — nachweisen, daß die Bestimmungen für die Anweisung allgemeine Grundsätze des BGB., speziell die für die gewählten Elemente unserer Konstruktion des Normalfalls geltenden, enthalten. Das bedeutet eine Bestätigung unserer theoretischen Auffassung durch die Vereinbarkeit der Charakter der einzelnen Anweisungselemente mit den allgemeinen Regeln des BGB.[184] Dieser Nachweis — wir erörtern hierbei wie bisher in dem hier

[183] Vergleiche oben Seite 50 Ende.

[184] Bei diesem Nachweis wird sich ergeben, daß jede Einzelheit der Bestimmungen über die Anweisung bei Berücksichtigung ihres wirtschaftlichen Zwecks entsprechend dem geregelt ist, was das Gesetz vorschreibt für die einzelnen Elemente, aus denen sich die Anweisung zusammensetzt.

zulässigen Rahmen zuerst die Grundbegriffe[185] – läuft auf einen Vergleich hinaus, bei dem wir in erster Linie die behauptete Vertragseigenschaft der Anweisung zu behandeln haben.

I. Das Akzept, die Annahme eines Schuldvertrags

Mit der Niederschrift des Akzepts entsteht eine Verpflichtung des Akzeptanten. Alle Verpflichtungen aber leiten sich aus Schuldverhältnissen her[186]. So auch die Verpflichtung aus der angenommenen Anweisung, weshalb diese im 21. Titel des Schuldrechts geregelt ist. Regelmäßige Begründungsursache von Schuldverhältnissen analog dem römischen Recht[187] ist entweder das Rechtsgeschäft oder die unerlaubte Handlung[188]. Die zweite Möglichkeit scheidet ohne weiteres aus. So bleibt nur die Schuldrechtsentstehung durch Rechtsgeschäft. Durch ein solches entsteht auch die Verpflichtung aus der akzeptierten Anweisung unzweifelhaft[189]. Aber wir haben die Wahl darüber, welches Rechtsgeschäft für die Begründung der Verpflichtung aus dem Akzept in Betracht kommt. Es kann ein einseitiger Akt oder ein Vertrag sein. Dieser ist üblich und überwiegend und nach § 305 immer dann als vorhanden anzunehmen, wenn das Gesetz nicht „ein anderes" bestimmt. Bestimmt aber das Gesetz ein anderes in den Paragraphen über die Anweisung? Es sagt überhaupt nichts aus, es fehlt jeder ausdrückliche Hinweis nach irgend einer Richtung. Das mag auch mit ein Grund für die herrschende Lehre sein, sich so leichten Herzens über den normierenden § 305 hinwegzusetzen, obwohl gerade bei der Anweisung bereits auf den ersten Blick die Regelsetzung dieses Paragraphen zuzutreffen scheint und selbst bei genauerem Untersuchen alles auf einen Vertrag weist, auf einen schuldbegrün-

[185] Dabei trägt die Eigenart der Materie die Schuld daran, daß wir häufig auf schon unter anderen Gesichtspunkten Betrachtetes zurückkommen müssen.

[186] Vergl. Gierke, Deutsches Privatrecht, 3. Bd. S. 110 ff. § 177.

[187] Dort kannte man obligationes quasi ex contractu und quasi ex delicto.

[188] Daneben entstehen heute allerdings auch schuldrechtliche Verpflichtungen in Fällen, wo nicht „die eigene Tat", sondern „die sozialen Zusammenhänge" es erfordern. Gierke, a. a. O. S. 110.

[189] Dies stimmt auch mit der Definition des Rechtsgeschäfts von Matthiaß, Bürgerliches Recht, 1. Bd. S. 170, überein: „Das Rechtsgeschäft ist eine Willenserklärung (Handlung), gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolgs, welcher nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist".

denden, Verpflichtung schaffenden Vertrag, auf einen Schuldvertrag, unter dessen große Kategorie wir schon im ersten Teil das Anweisungsgeschäft gebracht haben.

Die Kriterien eines solchen Vertrags sind ja vorhanden. Wir haben **zwei Willenserklärungen,** ein **Angebot** und eine **Annahme,** die in der Anweisung im Sinne des § 783 und im Akzept im Sinne des § 784 zu sehen sind, die bezüglich ihres Inhalts und der hervorzurufenden Rechtswirkung übereinstimmen und deshalb eine **Willenseinigung**[190] darstellen. Diese Willenseinigung ist **gerichtet** auf eine **rechtliche Wirkung,** bestehend in einer **Leistung.** Ihren **Verpflichtungsgrund** bildet ein **Versprechen,** zu dem das Angebot (die Anweisung) eine Aufforderung enthält und das dann durch die Annahme erfolgt[191]. Dies ist nach der herrschenden Meinung eine durchaus mögliche und häufige Umkehrung des Grundtypus des deutschen Schuldvertrags, bei dem, im Gegensatz zur römischen Stipulation, der Schuldner das Versprechen anbietet und der Gläubiger es annimmt[192].

Der Antrag speziell zeigt ebenfalls die üblichen Erscheinungsformen. Er **enthält** das Anerbieten zu einem Vertrage und die **Essentialien** des Vertrags, ist **empfangsbedürftig** wie sonst, insofern, als der Angewiesene das Akzept nur gibt, wenn er die Willenserklärung bzw. die Anweisung des Anweisenden vor Augen hat, **wirksam** aber gewöhnlich, wenn wir von dem Falle der nachträglichen Aushändigung an den Empfänger nach erfolgtem Akzept im Sinne des § 784, II, Satz 2 absehen, bereits vor dem Zugehen an den Angewiesenen, nämlich schon mit der **Aushändigung** an den Empfänger. In diesem Aushändigen liegt zugleich jener **dingliche Vertrag** (Begebungsvertrag)[193], durch den wegen seiner **Verbindung mit einem Ermächtigungsgeschäft** die Legitimationen[194] geschaffen werden. Insofern haben wir also auch einen Vertrag zwischen Anweisendem und Empfänger im Anweisungsgeschäft,

[190] Ueber die damit in Verbindung stehende Frage, ob ein Mehr- oder beschränktes Akzept zulässig ist, siehe weiter unten.

[191] Also wie bei der Stipulation, dem stipulierten (erfragten) Versprechen. Vgl. Sohm, Institutionen S. 513 § 80.

[192] Vgl. dazu Siegel, das Versprechen als Verpflichtungsgrund, § 1 ff. und Gierke, a. a. O. S. 283.

[193] Siehe oben zweiter Teil.

[194] Siehe oben erster Teil.

aber nur einen dinglichen, nicht einen im Sinne von Planck[195]. Das zeigt besonders der **Widerruf**[196]. Er geschieht, wie immer, gegenüber dem zukünftigen Gegenkontrahenten, dem Angewiesenen, müßte aber, hätte Planck recht, gegenüber dem Empfänger erfolgen. Er ist einer der Gründe für das **Erlöschen** des Antrags. Ein weiterer, abgesehen von nicht eingehaltenen Befristungen und nicht erfüllten Bedingungen — die Anweisung kann ja auch **befristet** und **bedingt** sein —, ist die **Ablehnung** der Offerte (Verweigerung des Akzepts) durch den Angewiesenen, die, wiederum keine Ausnahme, dem Antragsteller zugehen muß und zwar indirekt durch den Empfänger, der laut § 789 zu ihrer Uebermittlung an den Anweisenden verpflichtet ist. Bis zum Erlöschen aber, das nur in den angegebenen Fällen, nicht dagegen bei **Tod** und nachträglicher **Geschäftsunfähigkeit**[197] eintritt, hat das Angebot **bindende Kraft** (§ 145). Diese seine heutige Eigenschaft, die dem deutschen Recht entstammt, das, anders als das römische Recht, eine „Gebundenheit ans Wort"[198] statuiert hat, wurde vom alten Handelsgesetzbuch (Art. 319) ins gemeine Recht — vorher war es diesem fremd — übernommen und von da ins BGB. eingeführt.

Das Zustandekommen des Vertrags

Nun das **Zustandekommen** dieses Vertrags. Geschieht es auch bei der Anweisung wie regelmäßig durch eine empfangsbedürftige Annahme? Nein. Indessen ist bereits ganz allgemein (§ 151, Satz 1) die Wirksamkeit dann nicht zum Zugehen abhängig, wenn ein solches nach Verkehrssitte nicht erwartet wird. So ist es auch bei der Anweisungsannahme. Bei ihr genügt entweder die tatsächliche Annahme durch einen Vermerk oder eine Aeußerung des Annahmewillens durch schlüssige Handlung, d. h. effektive Leistung ohne vorherige Annahme. In einem Falle allerdings findet ein Zugehen statt, ohne daß aber die Wirksamkeit der Annahme durch dieses Zugehen bedingt wäre, nämlich dann, wenn das Akzept erfolgt vor Bestimmung des Empfängers durch den Anweisenden. Auch in diesem Fall ist der Zeitpunkt des Zustandekommens des Vertrags in der Niederschrift des Akzepts zu erblicken.

[195] Plank, a. a. O. zu § 783, 2 c.

[196] § 790 entspricht § 130, Abs. 1, Satz 2 BGB.

[197] § 791 bildet eine Analogie zu den §§ 153 und 130, Abs. 2.

[198] Dazu siehe die ausführliche Abhandlung von Siegel, a. a. O. § 4: Das Reuerecht, und § 5: Die Gebundenheit ans Wort (Schutzmaßregel).

Das Gesetz bestimmt — und diese Art der aufgezählten Vertragsschlußmöglichkeiten haben wir als Regel anzusehen —, die Annahme erfolge durch einen schriftlichen Vermerk auf der Anweisung. Dies ist eine Formvorschrift, wie sie sonst auch noch häufig vorkommt. Zwar hat das BGB. in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Recht an der Formfreiheit als Regel festgehalten, aber in ziemlich zahlreichen Fällen schreibt es doch eine Form vor, besonders dann, wenn eine solche nach dem Charakter und der Natur des Geschäfts notwendig erscheint. Im allgemeinen soll durch sie eine Uebereilung verhindert und eine größere Sicherheit des Geschäftsabschlusses, des Geschäftsinhalts, eine Erleichterung des Beweises und manchmal auch eine Erkennbarkeit für Dritte erreicht werden. Alles das gilt auch für die Anweisung des BGB. Bei ihr ist außerdem eine Formvorschrift umso verständlicher, wenn man ihre Entstehungsgeschichte in Rechnung zieht. **Form**

Die Anweisung leitet sich unzweifelhaft nach dem heutigen Stand der Forschung von der römischen delegatio[199] her[200]. Wendt[201] sagt: „Unser modernes Anweisungsrecht ist romanistisch und hat nur in geringem Maße und in untergeordneten Beziehungen von der carta her Einflüsse aufgenommen." Tatsächlich erkennen wir auch heute noch — vorausgesetzt, daß ein oder zwei Grundverhältnisse vorliegen — als den Erfolg der Anweisung eine novierende, schuldabändernde Wirkung. Dennoch ist sie aber nicht vollkommen identisch mit dem altrömischen Institut, wie Wendt meint. Es ist durchaus selbstverständlich, daß sich eine derartige Einrichtung im Laufe von vielen Jahrhunderten verändert, den modernen Anforderungen anpaßt, Anforderungen, die natürlich nicht ewig dieselben bleiben, und daß die neue Art ihrer Vornahme und ihres Inhalts sich nicht mehr ganz mit der alten deckt. Und gerade in der Art ihrer Vornahme damals und heute finden sich interessante Zusammenhänge aber auch Verschiedenheiten. Ehedem mußte eine Form eingehalten werden, da ja im römischen Recht davon die Klagbarkeit von Obligationen abhängig war. Man benutzte bei der delegatio entweder die Wortform der stipulatio oder **Geschichtliche Zusammenhänge**

[199] Die gemeinrechtliche Bezeichnung „Assignation" ist in ihrer Verwendung unrömisch; Wendt, a. a. O. S. 1.

[200] Salpius, a. a. O. und Wendt, a. a. O.

[201] A. a. O. S. 3 und 149.

auch die literarum obligatio[202]. Wendt erwähnt außerdem als gebräuchlich das receptum argentarii und das ebenso durch wenig Belegstellen verbürgte constitutum debiti.

II. Der Literalkontrakt

Aus dem allgemeinen „Verzicht auf Formalität der Kontraktserklärungen" im heutigen Recht lehnt nun Wendt die Notwendigkeit einer Schriftform für Anweisung und Akzept ab. Die Gesetzgebung hat ihm Unrecht gegeben. Sie hat das römisch-rechtliche Erfordernis einer Form — wir sehen vom receptum argentarii und vom constitutum debiti ab — nicht einfach beiseite gesetzt und bei einem Geschäft, das so sehr wie die Anweisung einer Form bedürftig ist, aus dem allgemeinen Aufgeben der Form im modernen Recht nicht eine Konsequenz gezogen, wie es Wendt tut. Im gleichen Maße wie für das Wechselrecht, dessen diesbezügliche sonderrechtliche Entwicklung er selbst zugeben muß, hat das Gesetz auch für das Anweisungsrecht, damit es seinen Zwecken genügen kann, eine Form für notwendig erachtet. Bei einer entgegengesetzten Entscheidung hätte die Wissenschaft mit der Einordnung der Anweisung ein besonders schwieriges Problem lösen müssen. Man hätte sich vergeblich gefragt, wie werden bei einer örtlichen Trennung der Antrag und die Ermächtigungen in sicherer Weise zur Kenntnis des Adressaten gebracht, was bleibt von der Anweisung übrig, wenn alle jene sogenannten skripturrechtlichen Wirkungen, die Wertpapiereigenschaft und die Rechtsscheinwirkung, wegfallen und wie ist dann noch die der Anweisung so wesentliche Einschränkung der Einwendungen möglich?

Schriftform

Die §§ 783 und 784 haben, da eine gerichtliche und notarielle Beurkundung aus naheliegenden Gründen nicht angewendet werden kann, als Form die **Schriftlichkeit** gewählt. Nach diesen Paragraphen teilt sich der Vertragsschluß in zwei Akte, die örtlich und zeitlich getrennt erfolgen können und bei denen man an die ähnliche Bestimmung des § 152 denken mag. Was das Gesetz im allgemeinen für schriftliche Verträge festsetzt, gilt auch hier. Die Unterschriften[203] beider Parteien müssen auf der gleichen Urkunde stehen. Im übrigen läßt das BGB. bei

[202] Wendt, a. a. O. S. 163 ff.

[203] Was als Unterschrift gilt, ist allgemein anerkannt: vergl. die Aeußerungen der Kommentare zu § 126.

derartigen schriftlichen Verträgen die üblichen Regeln für Verträge gelten, die wir ja auch oben beim Anweisungsakzept als vorhanden nachweisen konnten.

Literalkontrakt

Diese Schriftform der Anweisung ist aber ihrem Wesen nach eine andere als z. B. die für einen Mietvertrag vorgeschriebene, der für länger als ein Jahr abgeschlossen wird (§ 566). Hier verbinden sich mit der Schriftlichkeit, bzw. mit der Urkunde, die eigenartigen Wirkungen, über die wir oben im zweiten Teil gesprochen haben, nämlich die innige Verknüpfung des Rechts mit dem Papier, die die Geltendmachung und Uebertragung beeinflussen.

Die Schriftform hat zunächst tätsächliche Wirkungen. Die Ermächtigungen hängen am Papier. Man braucht also die Schriftlichkeit bereits beim Vorlegen. Der Antrag hängt am Papier. Man bedarf ihrer also auch beim Vertragsschluß. Nach Vertragsschluß ist die Geltendmachung des Rechts aus dem Vertrage vom Besitz der Urkunde abhängig. Endlich gilt das auch für die Uebertragung.

Dazu kommen noch prozeßtechnische Wirkungen. Die Schriftform ist die Voraussetzung der der Anweisung so wesentlichen erleichterten Klagbarkeit. Mittels des Literalkontrakts ist im Rechtsstreit ein sicherer Nachweis der Ermächtigungen, des Antrags, des Abschlusses und des Inhalts des Anweisungsvertrags denkbar.

Weiterhin besteht eine innere Beziehung zwischen der vorgeschriebenen Schriftform und der Eigenart des Anweisungsgeschäftes, die ursprünglichen Grundverhältnisse in eine rein abstrakte Obligation umzuwandeln, bzw. wenn keine Grundverhältnisse vorliegen, mit der abstrakten Fassung solche zu schaffen. Wienstein hält geradezu die Losgelöstheit von allen grundgeschäftlichen Beziehungen nur für denkbar in der Verbindung der Abstraktheit mit der für die Anweisung spezifischen Schriftform. Ueber Letzteres werden wir weiter unten eingehender zu sprechen haben.

Jedenfalls ergibt sich schon aus dem Angeführten, daß man sich die Urkunde als das Bindemittel zwischen den einzelnen Anweisungselementen vorstellen muß, und daß sich wohl kaum genau die gleichen Wirkungen ohne die Schriftform, ohne den Literalkontrakt, erreichen lassen. Ohne ihn ist keine eigentliche Anweisung vorhanden.

Auf dieser Basis ist die Beurteilung derjenigen Extravaganten vorzunehmen, die in der Form von der gesetzlichen Anweisung abweichen. Das tun von den hier in Betracht Gezogenen nur die mündliche und die unmittelbare Anweisung und deren Annahmen. Im engeren Sinn unterscheiden sich ja die Spezies- und die titulierte Anweisung nur dem Inhalt nach von der gesetzlichen Regelung.

Mündliche Anweisung

Was nun die mündliche Anweisung anbetrifft, so ist die herrschende Lehre der Ansicht, daß sie nach dem Gesetz nicht ausgeschlossen sei, daß aber auf sie nur die nicht in der Schriftlichkeit wurzelnden Bestimmungen der §§ 783 ff. angewandt werden dürfen. Diese Auffassung lehnen eine Anzahl Autoren ab, darunter auch die Praktiker Laux[204] und Wienstein[205], deren Erörterungen besonders bemerkenswert sind. Laux, der das Wesen der Anweisung in der durch die Schrift- und abstrakte Form erreichbaren Verschiebung der Rechtsbeziehungen unter den Personen erblickt, sagt, es bestehe gar kein Bedürfnis nach einer mündlichen Anweisung. Sie berge zudem große Gefahren in sich, insofern, als mit ihrer Zulassung, rechtlichen Sanktionierung, dieses im Gesetz nicht existierende Rechtsinstitut auf Grund des Parteivorbringens an die Stelle der vielen sich berührenden und nicht leicht unterscheidbaren Rechtsgeschäfte treten würde. Wegen der meist niederen Streitwerte fände sie ihre Erledigung bei den unteren Gerichten und so würde sie eine übermäßige, nicht erwartete Ausdehnung erlangen. Es bilde auch die „bei Gelegenheit der Begründung einer verwandten Gesetzesbestimmung beiläufig geäußerte Ansicht" keine genügende Unterlage für Rechtsregeln in der Art, wie sie die herrschende Lehre im Anschluß an die Motive Bd. 2 Seite 558 aufstelle. Die Hauptschwierigkeit liege in der Frage nach dem Zeitpunkt und der Form einer mündlichen Anweisung. Die bloß mündlich erklärte Annahme, dem stimmen die Kommentare bei, könne nicht abstrakt wirken und das von ihnen als Aushilfsmittel angegebene „nach Maßgabe der Grundverhältnisse" scheitere an den Fällen, wo vor Vollzug der Leistung gar keine vorhanden sind. Ausdrücklich betont er aber, daß die mündliche Abmachung zweifellos gewisse Wirkungen wie der Auftrag (die Vollmacht) habe und daß — er vergißt bei

[204] Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern, 3. Jahrgang Nr. 4 S. 73 ff.
[205] Das Recht, 10. Jahrgang (1906) Nr. 24, S. 1418–1421.

dieser Zusammenstellung die schriftliche Annahme einer mündlichen Anweisung — die mündliche Annahme einer schriftlichen Anweisung ebensowenig wie die einer mündlichen eine Annahme im Sinne des § 784 sei.

Seit diesen Erörterungen sind zwei Jahrzehnte verstrichen und noch immer ist einerseits die mündliche und besonders die ebenfalls in der Form vom Gesetz abweichende, unmittelbare Anweisung im Verkehr anzutreffen und andererseits die Rechtslehre und die Praxis auf dem gleichen, Laux entgegengesetzten Standpunkt. Damit soll nicht gesagt sein, daß als Wirkung der Laux'schen Ausführungen eine Beseitigung dieser Institute zu erwarten gewesen wäre, sondern daß schon ein wirkliches Bedürfnis für diese Geschäftsarten vorliegen und daß die Beurteilung, die man ihnen zu Teil werden läßt, gerechtfertigt sein muß, wenn die Laux'schen und eine Reihe ablehnender Aeußerungen anderer Autoren unbeachtet blieben. Denn notwendige Aenderungen in der Rechtsauffassung setzen sich durch, wie die früh angeregte, veränderte Auffassung des Markbegriffes und die clausula rebus sic stantibus in der Inflationszeit erneut gezeigt haben. Auch die Pezold'sche[206] Abhandlung, neben der Ulmer'schen wohl das Neueste auf dem Gebiet des Anweisungsrechts, spricht sich für eine analoge Anwendung der §§ 783 ff. aus, soweit diese Bestimmungen nicht auf der Schriftlichkeit beruhen, und vor allem für die Anwendung derjenigen Bestimmungen, die sich ergeben aus dem abstrakten Charakter des Anweisungsvertrags, der urkundlichen Fixierung der Willenserklärung, aus ihrer Behändigung an den Empfänger und der beabsichtigten Schaffung eines Korrelationsgegners, sofern diese Momente in den Extravaganten vorzufinden sind. Fraglich und schwer zu entscheiden ist dabei nur, welche Bestimmungen auf Schriftlichkeit beruhen oder welche Beziehung zwischen Form und Anweisungsabstraktheit besteht.

Zur Erläuterung dieses Problems und um eine Stellungnahme zu finden, müssen wir etwas weiter ausholen und auf den erweiterten Anweisungsbegriff Ulmer's eingehen.

Der erweiterte Anweisungsbegriff

Entsprechend seinem Thema folgert er ihn aus der Rechtsfolgen- und Interessengleichheit der verschiedenen Anweisungsarten. Um ihn zu finden, stellt er die Betrachtung der Leistung,

[206] Vergl. für das Folgende: Pezold, a. a. O. S. 26, 33, 40–42, 44–50, 57.

die durch die Anweisung gefordert wird und die auf Anweisung ergeht, in den Mittelpunkt seiner Untersuchungen[207]. Dabei kommt er zu dem Schluß, daß die Anweisungsleistung stets zu den „Simultanleistungen" gehöre[208]. Von den beiden Simultanleistungsarten, von der Drittleistung, bei der Mängel im Deckungsverhältnis, und der Drittzahlung, bei der Mängel im Valutaverhältnis eine Kondizierbarkeit der Leistung ermöglichen, unterscheide sie sich dadurch, daß sie weder von Mängeln im Deckungs- noch von solchen im Valutaverhältnis beeinflußt werde. Von beiden Verhältnissen sei sie endgültig abstrahiert, es sei keine Rückforderungsmöglichkeit wegen solcher Mängel gegeben, was Vollzugsleistung und ebenso was Verpflichtungsgeschäft, die Annahme, betreffe, welch letztere eine Leistungsübernahme bedeute. Die Anweisung müsse also lauten auf Vornahme eines abstrakten Zuwendungsgeschäfts gegenüber dem Begünstigten. Einer ihrer wichtigsten Unterschiede gegenüber der Vollmacht[209] und auch gegenüber Drittleistung und Drittzahlung sei, daß den beiden mit dem Anweisenden kausal verbundenen Personen keine Unterordnung ihrer eigenen Interessen unter die seinigen zugemutet werden könne. Diesen Umstand dürfe man als Charakteristikum aller Anweisungsarten bezeichnen.

Mit diesen Ausführungen über die Anweisungsleistung, ihre Abstraktheit und ihre Abgrenzung gegenüber Drittleistung, Drittzahlung und Vollmacht entfernt sich Ulmer trotz Anwendung anderer Gesichtspunkte nicht von uns. Dagegen widerspricht ein großer Teil seiner übrigen Darlegung der hier verfochtenen Ansicht vollständig. Beim Ermächtigungsbegriff beginnt die Divergenz der Auffassung. Soweit seine Erörterungen über die Anweisungsermächtigungen ihre Auswirkung betrifft,

[207] Nicht von rechtsgrundsätzlicher Bedeutung sei, daß bei der indirekten Anweisung vorwiegend der Begünstigte die Aufgabe habe, um den Eingang besorgt zu sein, und bei der direkten der Angewiesene; a. a. O. S. 48.

[208] Dieser Begriff ist von Stampe.

[209] Bezüglich der Abgrenzung der Anweisung von der Vollmacht sei zwar festzustellen, daß sich Berührungspunkte zwischen beiden vorfänden, aber auch eine Reihe starker Gegensätze. Bei der Vollzugsleistung seien die Rechtsfolgen die gleichen, nicht aber der Grund zu diesen Rechtsfolgen. Bei dem Verpflichtungsgeschäft, der Annahme, seien aber auch die Rechtsfolgen andere, a. a. O. S. 22, 23, 29.

sind sie noch mit den unsrigen vereinbar[210]. Prinzipiell von unserer Stellungnahme abweichend ist es aber, wenn er für die Ermächtigung des Angewiesenen den „farblosen" Begriff „Aufforderung, Weisung, jussus" wählt und im Hinblick auf die Wirkung der Empfangsermächtigung im v. Thur'schen Sinn formuliert: „eine Weisung, eine Zuwendung an einen Dritten zu machen, ist dann Anweisung, wenn der Angewiesene das, was er leisten will, weder wegen Mängeln im Deckungs- noch solchen im Valutaverhältnis soll zurückfordern können".

Diese Formulierung ist zutreffend gemessen an unseren Darlegungen, aber die Konstruktion der Weisung, der systematische Rechtsgrund zu der aus ihr resultierenden Wirkung ist gegensätzlich zu unserer Auffassung. Die Anweisung bedeutet nämlich für ihn nichts weiter als eine Weisung auf Grund und im Rahmen des Deckungsverhältnisses, da in vielen Fällen der Angewiesene nicht nur ermächtigt, sondern verpflichtet sei. Eine notwendige Folge dieser Meinung ist, daß die Anweisung gewissermaßen als einer wichtigeren Geschäftsart untergeordnet erscheint. Es wird geleistet nicht eigentlich der Anweisung wegen, sondern wegen des Deckungsverhältnisses. Dieses wirkt verursachend, konsequenterweise auch dann, wenn es, was durchaus möglich ist, noch gar nicht besteht, vielmehr erst begründet wird durch den Vollzug der Anweisung. Die Anweisung selbst wird damit, cum grano salis, beinahe entbehrlich, allerdings aber wiederum die Frage brennend, ob nicht in dem Grundgeschäft ein Vertrag zugunsten Dritter zu sehen ist.

Mit dieser seiner Konstruktion sind sämtliche Ermächtigungs- und auch Anweisungsvertragstheorien abgelehnt und dem Akzept,

[210] Der Begriff Doppelermächtigung könne keine völlige Abgrenzung der Anweisungsfälle ergeben; a. a. O. S. 50. Der Ausdruck Ermächtigung sei überhaupt nicht im technischen Sinne gemeint; S. 46. Von den der Vollmacht nahestehenden Ermächtigungsbegriffen sei der Ermächtigungsbegriff der Anweisung so weit als möglich entfernt; S. 35. Die Leistungsermächtigung bedeute, daß bei einer Anweisung auf Schuld im Zweifel — wenn nichts Anderweitiges vereinbart ist — die Anweisung nur die Bedeutung einer Alternativermächtigung habe; S. 40. „Die Empfangsermächtigung wirke derart, daß im Zweifel eine Verpflichtung des Begünstigten (im strengen Sinn) zur Geltendmachung der Reflexwirkung, d. h. der Auswirkung im Grundverhältnis, nicht bestehe; S. 46. Trotz seiner Ablehnung jeder Vollmachtsähnlichkeit des Ermächtigungsbegriffs der Anweisung sieht er aber im Vorzeigen der nach dem Gesetz Ermächtigungen enthaltenden Anweisung eine Legitimation des Begünstigten; S. 84 unten.

sofern es erfolgt, eine selbständige Stellung gegenüber der Anweisung eingeräumt. Akzessorische Bedeutung in dem von uns verstandenen Sinn haben sie nicht mehr für einander. Die uns unerwünschte Trennung von Anweisung und Akzept ist wieder herbeigeführt. In reale bleibt nur wesentlich die Annahme, der er eine besonders geartete Abstraktheit zugesteht ohne vertragliche Bindung des Anweisenden und Angewiesenen innerhalb des Anweisungsgeschäftes selbst.

Zu dieser allgemeinen Auffassung, also auch für die Anweisung des BGB., gelangt Ulmer einzig und allein, weil neben die vom Gesetz bestimmte Ermächtigung auch eine Verpflichtung durch ein entsprechend geartetes Grundverhältnis treten kann, wie es gewöhnlich — er wird anscheinend unbewußt dadurch beeinflußt — bei den Extravaganten, der Postanweisung, Giroumschreibung und dem Akkreditiv, zutrifft. Doch ist dies kein Grund gegen die Trennung von Anweisungsgeschäft, also der Weisung, und Deckungsverhältnis. Uebrigens kann man es eine häufige Erscheinung im Rechtsleben nennen, daß die gleiche Verpflichtung aus verschiedenen von einander unabhängigen Rechtsgründen gegeben ist, und ebenso — was hier in Frage kommt —, daß zu einer Ermächtigung aus einer Geschäftsart zu einer bestimmten Vornahme eine Verpflichtung aus einer anderen zur gleichen Leistung trifft. Fällt auch bei Anweisungen und mehr noch bei den Extravaganten im konkreten Sachverhalt sicherlich in einer großen Zahl von Fällen verpflichtungsauslösende Weisung und Anweisung zusammen, so ist doch, zum mindesten für die gesetzliche Anweisung, das von Ulmer geleugnete Bedürfnis nach der von ihm als möglich zugegebenen Scheidung **„zweier von einander unabhängiger Rechtsfolgenkomplexe"** zu betonen. Die Anweisung des BGB. ist ein in sich abgeschlossenes Geschäft. Ihre Ermächtigungen sind mit dem Antrag zu einem abstrakten Vertrag zugunsten eines alleinberechtigten Dritten verbunden und haben äußere und innere Legitimationswirkungen. Sie scheinen uns für die Systematik unentbehrlich, wie wir schon im ersten Teil ausführten. Sie sind es auch dann, wenn das Grundgeschäft zur Anweisungsbefolgung verpflichtet. Wirtschaftlich und rein tatsächlich zusammengehörige Lebensvorgänge ist die Jurisprudenz aus rechtlichen und systematischen Gesichtspunkten sehr oft gezwungen zu trennen. Erst recht muß das

hier gelten, wo zwei von einander unabhängige Grundverhältnisse gebunden oder gelöst werden sollen durch ein gegenüber diesen beiden selbständiges drittes Rechtsverhältnis, durch die Anweisung. In der Tat bietet ja auch – entgegen der Ulmerschen Ansicht – die gesetzliche Anweisung durch ihren urkundlichen Text, also durch die Ermächtigungen, selbst, wenn das Deckungsverhältnis noch fehlt, genügend Anreiz zur Befolgung. Mit einigen Modifikationen wird das Gesagte auch für die Extravaganten gelten dürfen.

Letztere subsumiert Ulmer unter seinen erweiterten Anweisungsbegriff. Infolgedessen ist z. B. die Leistung der Akkreditivbank eine sich streng von Drittleistung, Drittzahlung und Vollmacht unterscheidende Simultanleistung, die kausalos d. h. endgültig abstrahiert ist von Valuta- und Deckungsverhältnis, also in ihrer Bedeutung dem Inhalt des § 784 gleicht, von dessen Einredebeschränkung er eine Ausnahme zuläßt für den Fall der Fehlerhaftigkeit der beiden Grundverhältnisse. Die Verpflichtung der Bank läßt er aus einer vertraglichen Verpflichtungsübernahme zwischen der Bank und dem Akkreditierten resultieren. Im Uebrigen habe das Akkreditiv die Artmerkmale aller Anweisungen. Als solche bezeichnet er die Regelsetzung der §§ 788, 787 I, 790 und 789. Dagegen seien die §§ 792, 785 und 786 Sondermerkmale der Anweisung des BGB. Weil sich bei ihr die Weisung in einer Urkunde verkörpere, die einem Dritten ausgehändigt werde, sei sie gegenüber dem allgemeinen Anweisungsrecht spezialisiert. Im Gegensatz zum Dokumentenakkreditiv, für dessen Annahme er die oben erwähnte Konstruktionsform angibt, läßt er es für die Anweisungsannahme dahingestellt sein, ob die Verpflichtung aus ihr durch einen abstrakten Vertrag zwischen Angewiesenem und Empfänger oder durch eine einseitige, an den Empfänger gerichtete Willenserklärung zu bestimmen sei. Die Konstruktion eines Vertrags zugunsten eines Dritten lehnt er ab[211]. Es sei kein Bedürfnis

[211] Gegen die Herbert Meyer'sche Ansicht führt Ulmer unter Anderem S. 52 Anmerkung aus: bei den gesetzlichen Anweisungsformen würde es unverständlich bleiben, wieso eine beschränkte Annahmeerklärung möglich sei. (Unsere eigene Ansicht wird weiter unten auseinandergesetzt.) Bei Extravaganten seien Abweichungen von Weisung im Bestätigungsschreiben möglich, die unvereinbar wären mit abstraktem Vertrag zugunsten Dritter. Im Uebrigen würden die Folgen, die bei Herbert Meyer'scher Konstruktion im Falle der mangelnden Echtheit der Anweisung und bei mangelnder Geschäftsfähigkeit des Anweisenden einträten, in ihrer Verallgemeinerung zu Unbilligkeiten führen. (Eine Begründung, wieso dies der Fall ist, fehlt.)

hiefür vorhanden. Der Empfänger könne sich ja direkt vom Angewiesenen eine Verpflichtungserklärung verschaffen.

Es ist richtig, daß diese Möglichkeit besteht, aber es ist damit noch nichts gesagt für die Konstruktion einer Leistung ohne vorherige Annahme. Bei scharfer Gegenüberstellung und Zusammenfassung seiner und unserer Ansicht ergibt sich, spezialisiert auf die gesetzliche Anweisung, folgendes Bild: nach Ulmer ist die Annahme ein direktes Versprechen des Angewiesenen an den Empfänger, hervorgerufen von der Weisung, mit der Wirkung einer endgültigen Abstraktion; die **Leistung,** wiederum veranlaßt durch die Weisung, **ohne** vorausgegangenes **Versprechen** hat die gleiche Wirkung der endgültigen Abstraktheit. Das erste Mal ruht auf der **Verbindung des Versprechens mit der Weisung** der Erfolg, nämlich die Abstraktheit, das zweite Mal, bei der Leistung ohne Versprechen, **auf** der **Weisung allein.** Wir konstruieren in beiden Fällen die Abstraktheit mit dem Abschluß eines abstrakten Vertrags zugunsten eines Dritten, einmal in Literalkontraktsform, das andere Mal durch konkludente Handlung geschlossen. Wir haben gleichen Erfolg durch gleiche rechtliche Begründung, er nicht. Kann man der für ihn aus dem Deckungsverhältnis herausgeborenen Weisung und der daraufhin ergangenen Leistung ohne dazukommendes Versprechen die gleiche Abstraktionswirkung zuerkennen wie einem auf Weisung ergangenen Versprechen? Stört ihn an der Anerkennung von Ermächtigungen unter Anderem die möglicherweise des Deckungsverhältnisses halber vorliegende Verpflichtung zur Befolgung der Anweisung, so stört uns, daß die Leistung auf bloße Weisung hin die Wirkung endgültiger Abstraktion soll ebenso haben können, wie wenn noch eine Berechtigung des Empfängers durch die Annahme hervorgerufen wurde. Liegt kein besonderer Vertrag innerhalb des Anweisungsgeschäfts zwischen Anweisendem und Angewiesenem vor, warum soll dann Angewiesener nicht Mängel des Deckungsverhältnisses vorbringen dürfen? Allein wegen der einseitigen Weisung? Dem Deckungsverhältnis kann wohl eine solche Abstraktionsabrede nicht generell entnommen werden. Befolgt Angewiesener, ohne vorher anzunehmen, die einseitige Weisung, so soll er lediglich wegen ihrer Befolgung keine Kondiktionsansprüche aus den Grundverhältnissen haben. Liegt noch kein Deckungsverhältnis vor und entsteht es erst mit der

Befolgung der Weisung, so müßte man wohl dem Teil des Anweisungstextes „für meine Rechnung" ein Garantieversprechen des Anweisenden zur Anrechnung unterstellen. Diese und eine Reihe anderer Fragen tauchen notwendigerweise auf in Ansehung der Ulmer'schen Gedankengänge. Bei unserer Konstruktion — so glauben wir — ist eine solche Fragestellung schwerlich möglich. Im Gegensatz zu Ulmer scheint es uns näher zu liegen, eine vertragliche Bindung des Anweisenden und des Angewiesenen innerhalb der Anweisung selbst zu unterstellen und ihr eine bedeutsamere, selbständigere Stellung gegenüber dem Deckungsverhältnis zuzuerkennen. Zum Mindesten für das System der Anweisung des BGB. halten wir unsere Konstruktion für günstiger, auch was die Frage nach der causa der auf Anweisung ergehenden Leistung betrifft[212].

Interessant ist in diesem Zusammenhang, daß Ulmer den Akkreditivauftrag als einen Werkvertrag charakterisiert, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand habe, und daß ebenso wie bei Scheck- und Giroauftrag eine Anweisung und ein Dienstvertrag neben einander Platz hätten, für das Akkreditiv der Typus eines Werkvertrags wie auch derjenige der Anweisung als vorliegend anerkannt werden müsse. Die Lösung des Problems sei in der Verbindung beider Vorstellungsarten zu suchen. Weiterhin findet sich bei ihm die Feststellung, daß das Deckungsverhältnis vielfach ein Vertrag zugunsten Dritter sei, daß jeder abstrakte Vertrag zugunsten eines Dritten eine Anweisung enthalte und jede Anweisung, z. B. der Scheck, in Verbindung stehe mit einem Vertrag zugunsten Dritter. Der Grund zu dieser Eigenart liege darin, daß der Typus der Anweisung nicht parallel der übrigen Typenbildung der Schuldverhältnisse ausgestaltet sei, er sie vielmehr kreuze, ähnlich wie der Vertrag zugunsten Dritter die übrigen Schuldverhältnisse[213]. Letzteres ist eine Erkenntnis, der sich niemand verschließen kann, die von uns aber in hohem Maße berücksichtigt wird durch die wiederholte Hervorhebung, daß in der Anweisung eine Reihe von Bestandteilen (Elementen) vorzufinden seien und daß sie viele Aehnlichkeiten mit anderen Instituten aufweise, weshalb man auch allgemeine Grundsätze auf sie anwenden könne. Das

[212] Diese Causa-Frage wird weiter unten erörtert.

[213] Vergl. Ulmer a. a. O. S. 99 und 100. Zum Vorhergehenden vergl. S. 187, 188, 189, 203 und 204.

Nebeneinander und die Verbindung der Anweisung mit Dienst-, Werk-, Geschäftsbesorgungsverträgen und Aufträgen, in denen Ulmer des Problemes Lösung verborgen glaubt, ist ein Umstand, der bei richtiger Scheidung vom Deckungsverhältnis, auch was die Extravaganten anlangt, sehr zugunsten unserer Konstruktion der Verbindung der einzelnen Anweisungselemente spricht. Zum Zwecke der hier nur beabsichtigten andeutungsweisen Ausdehnung unserer Ansicht über die Anweisung auf die Extravaganten gehen wir nach der nunmehr erfolgten Besprechung des erweiterten Anweisungsbegriffs von Ulmer zunächst auf die Frage der Abwicklungsart und die Konstruktion der für uns in Frage stehenden Anweisungsformen ein.

Die Extravaganten

Die mündliche Anweisung, die gewöhnlich im Hinblick auf die Empfangsermächtigung nur in Gegenwart aller beteiligter Personen erfolgen kann, und ebenso die unmittelbare Anweisung, die schriftlich vorgenommen, dem Angewiesenen direkt ausgehändigt und wie die mündliche Anweisung naturgemäß nicht durch Vermerk auf einer Anweisungsurkunde, sondern durch Erfüllung, mündlich oder in besonderem Schreiben angenommen wird, gehören zur großen Gruppe der Geschäftsbesorgungen und sind als mit Doppelermächtigungen verbundene Anträge zu Verträgen auf Leistung eines allein berechtigten Dritten aufzufassen. Bei der besonderen Art der unmittelbaren Anweisung, beim Dokumenten- oder Warenakkreditiv, liegt ebenfalls vor eine Doppelermächtigung, ein Vertrag zwischen Bank und Käufer zugunsten des Verkäufers und eine Annahme durch Erfüllung oder durch Bestätigung seitens der Bank an den Verkäufer. Diese Bestätigung geschieht mündlich, schriftlich, telephonisch und telegraphisch. Während die mündliche Anweisung naturgemäß nicht übertragbar ist, kann beim Akkreditiv die Bankverpflichtung abgetreten werden.

Es fehlt demnach bei der mündlichen Anweisung die urkundliche Fixierung der Willenserklärungen, nämlich die des Antrags und der Ermächtigungen. Bei der unmittelbaren Anweisung ist sie vorhanden. Dagegen gibt es bei ihr ebensowenig wie bei der mündlichen Anweisung eine Behändigung an den Empfänger. Bei beiden Extravaganten ist die Anweisung die causa für eine Annahme.

Bei dieser Sachlage, den geschilderten Lebensvorgängen und ihrer systematischen Einordnung und Beurteilung, bietet die

Anwendung der Anweisungsregeln, die fast ausnahmslos – darin stimmen wir Pezold bei – allgemeine Grundsätze enthalten und im Uebrigen als auf dem Wesen der Anweisung als Vertrag zugunsten eines Dritten mit besonders gesteigerter Abstraktheit beruhend anzusehen sind, keine Schwierigkeiten und trifft auf keinerlei Bedenken, soweit die Anweisungsbestimmungen nicht die letztere Eigenschaft betreffen, die einzig dastehend ist. Darum gipfelt das ganze Problem in der praktischen Frage, welche Wirkung eine Annahme bei diesen Geschäften hat, wenn sie mündlich oder schriftlich erfolgt. Trifft in einem der beiden Fälle oder gar in beiden die der gesetzlichen Anweisung spezifische Einschränkung der Einwendungen ein?

Pezold – die diesbezügliche Auffassung von Ulmer haben wir schon erläutert – steht auf dem Standpunkt, daß die Parteien im Zweifel die gleichen Zwecke wie mit einer Anweisung verfolgen. Auch beim Dokumenten-Akkreditiv werde nur die Konstruktion der Parteiabsicht gerecht, die in der Bestätigung des Akkreditivs eine von den Kausalbeziehungen unabhängige Bankverpflichtung im Sinne des § 784 sehe. Es sei also ein sogenanntes reines Delegationsversprechen gewollt, gelöst von den Kausalbeziehungen, aber nicht von der causa. Die Frage, ob dieser Parteiwille vom Recht anerkannt werde, beantwortet er in Nachfolge von Rümelin[214] dahin, daß ein reines, von beiden zugrunde liegenden Kausalbeziehungen losgelöstes Delegationsversprechen außerhalb der gesetzlichen Form zuzulassen sei. Wenn Rümelin diese Entscheidung noch als einigermaßen zweifelhaft bezeichne und darauf hingewiesen habe, daß das Gesetz keinen sicheren Anhalt gebe und daß es dabei auf eine immerhin von subjektiven Momenten abhängige Einschätzung der Lebensbedürfnisse ankomme, so sei z. Zt. eine noch bestimmtere Bejahung möglich und der Verkehr habe mit dem Dokumenten-Akkreditiv einen durchschlagenden Beweis für die Unentbehrlichkeit des reinen Delegationsversprechens geliefert. Uebrigens habe auch das Reichsgericht[215] diese Stellung beim Dokumenten-Akkreditiv eingenommen. Diese letzte Behauptung ist nun aber nicht richtig. „Das Reichsgericht hat" – so sagt er selbst an einer anderen Stelle seiner Abhandlung in Bezug auf die angezogene Entscheidung – „freilich die Bestätigung nicht

[214] Vergl. weiter unten.

[215] Vergl. RGE. Bd. 106, S. 304.

als Annahme, sondern als selbständiges Schuldverhältnis nach § 780 angesehen" und dementsprechend Einwendungen aus dem Valutaverhältnis ausgeschlossen.

Bezüglich der Form eines solchen reinen Delegationsversprechens meint er, die Einredebeschränkungen des § 784 müßten eintreten, wenn den Formvorschriften des § 780 genügt werde. Sie müßten auch bei mündlicher Annahme eintreten, sofern der § 780 BGB. wegen des § 350 HGB. nicht Platz greife. In allen anderen Fällen sei eine mündliche Annahme zwar das den Vertrag herbeiführende Moment, aber der Ausschluß der Kausaleinreden könne dann nicht Platz greifen. Mithin ist für ihn — und ebenso für Ulmer[216] — denn § 780 fordert nur gewöhnliche Schriftform — die schriftliche Annahme einer unmittelbaren oder einer mündlichen Anweisung mit den Einwendungsbeschränkungen des § 784 auszustatten, desgleichen eine mündliche Annahme irgend einer Anweisung, wenn der § 350 HGB. anzuwenden ist.

Die der Anweisung des bürgerlichen Gesetzbuchs eigenartige Abstraktheit dehnt Pezold demnach auch auf die Extravaganten aus. Nach Sprachgebrauch, den oben aufgezählten, gleichartigen, der gesetzlichen Anweisung wesentlichen Merkmalen und ihrer Wirkung, rechtfertigt sich die Zuzählung der Extravaganten zum Anweisungsrecht. Die der mündlichen und der unmittelbaren Anweisung fehlende Literalkontraktsform ist das einzige sie von der Anweisung unterscheidende Merkmal, sofern man wie Pezold die Anweisungsabstraktheit ihren Annahmen zuerkennt. Um diese eintreten zu lassen, fordert er — der § 350 HGB. ändert daran nichts — ebenfalls eine Form. Bei gewöhnlicher Schriftform des Versprechens, d. h. nur der Annahme, nicht des ganzen Vertrags, soll, weil es den Bedürfnissen entspreche, die gleiche Wirkung eintreten, wie bei vorliegendem Skripturvertrag. Für die Anweisung des BGB. wählt Pezold nämlich, gleich uns, eine Literalvertragskonstruktion. Doch bestreitet er, daß die spezifische Anweisungsabstraktheit als aus

[216] Ulmer trifft keine Entscheidung, ob die §§ 780, 781 in der Weise auszulegen sind, daß sie auch auf abstrakte Verpflichtungen, die endgültig von den Grundrechtsbeziehungen abstrahiert sind, Anwendung zu finden haben. Jedenfalls dürfe bei endgültiger Abstraktion die einzuhaltende Form nicht hinter derjenigen, die für vorläufige Abstraktion vorgeschrieben ist, zurückbleiben. Daher sei für die Abgabe des Versprechens, abgesehen von § 350 HGB., Schriftlichkeit erforderlich.

dieser Form resultierend aufzufassen sei. Die gesteigerte Abstraktheit rühre daher, daß keine unmittelbaren Kausalbeziehungen zwischen Angewiesenem und Empfänger vorhanden seien, im Gegensatz zum selbständigen Schuldversprechen, bei dem man zwar keine sichtbaren, aber doch unmittelbare Beziehungen zwischen Gläubiger und Schuldner vorfindet.

Es ist völlig klar — das ist auch der Sinn der oben angeführten Rümelin'schen Ansicht —, daß es, nachdem das Gesetz schweigt und nichts ausdrücklich dagegen sagt, der Rechtswissenschaft überlassen bleibt, die im Verkehr vorkommenden Extravaganten ihren tatsächlichen Bedürfnissen nach zu beurteilen und einzuordnen und daß Praxis und Theorie sehr wohl die Pezold'sche Konstruktion wählen können. Indessen gibt es gerade gegen seine Art der Wahl eine Reihe Bedenken. Einmal ist der § 780, dessen Form er heranzieht, ein völlig anderes Institut, wie seine Form und auch die Art der Abstraktheit zeigen. Es liegt deshalb nicht ohne Weiteres nahe, bei dieser Form die Anweisungsabstraktheit Platz greifen zu lassen. Weiterhin ist nach unserer Meinung der § 784 systematisch mit weiteren Gründen als den Pezold'schen zu belegen. Die Theorie muß unseres Ermessens noch weitere Vorstellungskomplexe verwenden, nämlich die so sehr selten anzutreffende Skripturvertragsform und die ebenso seltene Abstrahierung von gerade zwei Grundverhältnissen. Näher läge es, die Form einer tatsächlich im Gesetz geregelten Anweisungsart, den Wechsel, als Argument zu benützen. Und dessen besonders geartete Einschränkung von Einwendungen findet sich ebenfalls zugleich mit einem Literalvertrag vor. Ein letztes Bedenken endlich besteht darin, daß die Pezold'sche Ausdehnung der Einredebeschränkungen auf die Annahme der Extravaganten, die indessen nach ihm keineswegs im eigentlichen Sinn formlos sein darf, wieder auf die gerügte Trennung von Anweisung und Akzept führt, indem der Vertragsantrag einen großen Teil seiner essentiellen Bedeutung, die er bei der bürgerlichen Anweisung hat, verliert.

Wir glauben demnach, daß nicht schlechthin durch Schriftform, sondern durch die Form eines Skripturvertrags die Wirkung des § 784 bestimmt werden muß. Hiebei erscheint, auch im Hinblick auf die Extravaganten, das Anweisungsgebiet entschieden systematisch geschlossener, als wenn man erneut eine Trennung

von Anweisung und Akzept vornimmt und die gesetzlichen Anweisungswirkungen auch ohne Literalvertragsform eintreten läßt. Stimmt man dem zu, so ergibt sich folgender Beurteilungsvorschlag für die auf der Grenze und außerhalb unserer Aufgabe liegenden Extravaganten und deren Annahmen: Bei Schriftform des Akzepts im Sinne des § 780 tritt nur dessen Wirkung ein und die Extravaganten bleiben dem großen Gebiet der Anweisungen dennoch zugehörig. Ob allerdings die Abstraktheit des § 780 den Verkehrsbedürfnissen genügt, bleibt eine offene Frage. Das Reichsgericht jedenfalls hat diese so eingeschätzt.

In Verfolgung dieses Gedankens ist unter normalen Umständen eine mündliche Annahme kein Akzept im Sinne des § 784; je nach Sachlage kann aber die Einwendungseinschränkung des § 780 eintreten, wenn nämlich § 350 HGB. eingreift. Eine schriftliche Annahme einer mündlichen Anweisung und einer unmittelbaren ist nach § 780 zu beurteilen.

Weiterhin ist § 780 auf das dann und wann bei Anweisungen des BGB. vorkommende sogenannte Mehr- oder beschränkte Akzept anwendbar. Diese Auffassung teilt Pezold. Bedingungen und Vorbehalte im Akzept nehmen dem Anweisungsgeschäft seinen Charakter im gesetzlichen Sinn. Nur wenn es nach dem Inhalt der Anweisung dem Angewiesenen überlassen, also ein Eventual-Antrag im Anweisungstext enthalten und damit die Literalkontraktsform gewahrt ist, ist eine solche Annahme ein Akzept im Sinne des § 784. Der Artikel 22 WO. bildet eine Analogie dazu.

In diesem Zusammenhang sind auch die Anweisungen auf nicht vertretbare Sachen, die sogenannten Spezies-Anweisungen, zu erwähnen. Sie kommen vor im Lager- und Speditionsgewerbe in Gestalt von Auslieferungsscheinen, Stellzetteln und Extraditionsscheinen. Vertretbare und nicht vertretbare Sachen können ihr Gegenstand sein. Auch bei ihnen scheidet eine Annahme durch Vermerk auf der Anweisungsurkunde, obwohl das an sich möglich wäre, aus. Pezold gibt dem Spediteur und Lagerhalter, der sie durch eine mündliche Erklärung (§ 350 HGB.) oder durch ein besonderes Schreiben annimmt, die Einredebeschränkung des § 784. Wir möchten uns wiederum nur für die Wirkungen des § 780 bei derartigen Annahmen aussprechen.

Endlich ist noch darauf hinzuweisen, daß außer der wirklichen mündlichen Anweisung, die als ein Vertragsantrag zugunsten eines alleinberechtigten Dritten, mit zwei Ermächtigungen ausgestattet, aufzufassen und daran zu erkennen ist, eine Reihe von Rechtsgeschäften unter der Bezeichnung „Anweisung" vorgenommen werden. Dahin gehören: die Schuldübernahme, die Erfüllungsübernahme, die selbstschuldnerische Bürgschaft, die kumulative Schuldübernahme, die im voraus bewilligte Leistung an einen Dritten (§ 362 II) und die Zession. Von diesen Geschäften unterscheidet sich die Anweisung des BGB. teils dadurch, daß bei ihr vor Abschluß keine Grundverhältnisse vorhanden zu sein brauchen und teils und vor allem durch ihre einzigartige Abstraktheit. Und diese Losgelöstheit von allen grundgeschäftlichen Beziehungen, die eine außerordentlich vielseitige Verwendungsmöglichkeit erlaubt, ist nur denkbar in ihrer Verbindung mit dem Literalkontrakt.

III. Der abstrakte Vertrag

Damit und mit der Gesamtheit der oben für die Form überhaupt und speziell für den Literalkontrakt angegebenen Gründe unserer Einordnung ist ein neues Beweisstück gefunden für den inneren Zusammenhang der Anweisungselemente und zwar der Schriftform und der Abstraktheit. Letztere haben wir nun im Folgenden noch mehr, als es bisher geschehen, zu beleuchten.

Begriff der Abstraktheit

Da erhebt sich zunächst die Frage, was versteht man unter Abstraktheit? Diese Frage stellt sich uns deshalb, weil wir nur über Selbstverständliches ohne Erwähnung weggehen können, etwas Selbstverständliches aber hier nicht vorliegt. Man ist sich nämlich nicht einig darüber, was Abstraktheit bedeutet. Aus den wenigen Anhaltspunkten des BGB. ist anscheinend eine verschiedene Ausdeutung möglich. Obwohl in seinem Bereich zwei Arten von abstrakten Geschäften, obligatorische und dingliche, welch letztere für uns ausscheiden, vorkommen, so definiert es doch nicht ihren Begriff und verwendet nicht einmal diese Bezeichnung. Statt dessen gebraucht es den Ausdruck „selbständig". Die Begriffsbildung ist demnach der Rechtslehre überlassen, die aber ihre Aufgabe keineswegs befriedigend löst. Mit Recht spricht Rümelin[217] von

[217] Vergl. zum Folgenden: Archiv für Zivil-Praxis 97, S. 211 bis 360 und Bd. 98 S. 169 bis 346: Rümelin, Zur Lehre von der Schuldverschreibung des BGB.

einer hin- und herwogenden Begriffsbildung, die zur Folge hat, daß man auch in vielen Konsequenzen auseinander geht. Der Grund liegt – Weiteres mitzuteilen ist hier nicht die Stelle – in dem Mangel an einheitlicher Auffassung der primären Voraussetzung, der causa oder des Rechtsgrunds bei obligatorischen Verträgen, „von dem abstrahiert oder dem gegenüber die Obligation selbständig gestellt werden soll". Es ist also die Lehre von der causa bereits bestritten. Man hielt weder die causa in ihrem objektiven und subjektiven Sinn auseinander, noch erkannte man, daß – was vor allem Wieland[218] nachwies – die Probleme bezüglich des Sachenrechts anders liegen als im Schuldrecht. Heute allerdings ist man einen erheblichen Schritt weitergekommen mit der Unterscheidung, des **Grundgeschäfts** einerseits und der **Hilfs-** und **Gliedgeschäfte** andererseits, bei denen sich jeweils eine besondere Causa-Frage ergibt. Durchgeführt ist sie erst bei Rümelin, dem in einzelnen Punkten in Brütt[219] ein Gegner erwuchs.

Grundgeschäfte und Hilfs- und Gliedgeschäfte

Nach Rümelin sind die obligatorischen Hilfsgeschäfte zu erklären: „durch Aufweisung ihrer spezifischen Hilfsgeschäftsfunktion und Angabe der Grundobligation, zu der sie in Beziehung treten." Das Bedürfnis einer solchen Erklärung durch den Geschäftszweck erhebe sich bei denjenigen Hilfsgeschäften, bei denen entweder die Parteivereinbarung die beabsichtigte Hilfsgeschäftsfunktion oder das Objekt desselben, die Grundobligation, nicht erkennen lasse, oder wo die Rechtsordnung dem Geschäft irgend eine selbständige, von der Erreichbarkeit jenes Zwecks oder dem Bestand der in Bezug genommenen Grundobligation unabhängige Wirkung beilege; in diesem Fall spreche man von abstrakten Obligierungen. Diese müßten sich, da sonach mit Recht die sogenannten abstrakten Obligierungen als Hilfsgeschäfte erscheinen, immer auf eine bereits vorhandene Grundobligation beziehen, denn stets setze eine abstrakte Obligation, auch wenn ihr Entstehen mit dem Abschluß des Kausalgeschäftes zusammenfalle, eine kausale Verabredung voraus, zu der sie, in irgend einer Weise die Durchführung sichernd, erleichternd oder modifizierend, hinzutrete.

Ueber das Vorhandensein von Grundobligationen

Bei der Anweisung speziell handelt es sich aber um eine Abstrahierung von zwei Beziehungen. Rümelin gibt dafür

[218] Der Wechsel und seine zivilrechtlichen Grundlagen.

[219] Brütt, a. a. O.

zwei Konstruktionsmöglichkeiten an, von denen nur die eine der Regelung des BGB. entspricht. Nach dem Standpunkt des BGB. sei in dem Anweisungsversprechen ein eigenartiges Abstraktionshilfsgeschäft zu sehen, das zu zwei Grundverhältnissen hinzutrete und die abgekürzte Durchführung beider bewerkstelligen solle, das aber gerade wegen seiner doppelten Funktion nicht von den Schädlichkeiten des einen oder anderen Verhältnisses berührt werde. Als causa dieses abstrakten Geschäfts erscheine der Zweck des Zahlungsaustausches in Beziehung auf zwei gegebene Grundverhältnisse. Die condictio sine causa gegenüber der neu geschaffenen abstrakten Obligation werde möglich und notwendig, sobald der Zahlungsaustauschzweck z. B. wegen Fehlens oder Mangelhaftigkeit der beiderseitigen Beziehungen nicht erreicht werden kann.

Das Ergebnis des bisher über die Abstraktheit im Allgemeinen und über die der Anweisung Geäußerten ist die Klarlegung dreier Dinge: einmal, daß die Anweisung tatsächlich einen Rechtsgrund, eine causa, hat, und daß es deshalb nicht angeht, wie Adler[220] dies tut, die Anweisung causalos zu nennen. Hieran ist zum mindesten die Ausdrucksweise tadelnswert. Dann, nach der Rümelin'schen Lehre, daß die unbedingt notwendige Voraussetzung einer abstrakten Obligation das Vorhandensein einer Grundobligation ist, wobei allerdings ihre Entstehung entweder weiter zurückliegen oder erst mit dem Abschluß der abstrakten Obligierung geschehen kann. **Wir sagten wiederholt, eine Anweisung sei auch möglich ohne vorheriges Vorhandensein von Grundobligationen.** Mit dem Abschluß des Anweisungsgeschäftes aber würden diese geschaffen. Mit Beidem ist zweifellos das Gleiche gemeint.

Rümelin's Erörterungen weisen an mehreren Stellen direkt darauf hin. Zeitlich besteht kein Unterschied. Abschluß und Entstehung der Grundobligation fällt zusammen. Sachlich aber könnte man einen Unterschied hinsichtlich der Parteiintention finden, indem man entweder einmal supponieren könnte, der Angewiesene habe in erster Linie den Willen, die Anweisung zu befolgen und damit im internen Verhältnis eine Verpflichtung zu schaffen, oder indem man glauben könnte — und dies wäre wohl nach Rümelin anzunehmen — der Wille, im internen Verhältnis eine Grundobligation hervorzurufen, gehe dem Ab-

[220] A. a. O. S. 160.

schluß des Anweisungsgeschäftes voraus. Endlich — und dies ist der dritte Punkt — ist es jedenfalls vollkommen evident, daß sich unter diese von Rümelin geschaffene Systematik der abstrakten Geschäfte unsere Konstruktion und Auffassung der Anweisung sehr gut einreihen läßt.

Rümelin erwähnt außer der oben angeführten noch eine zweite Konstruktionsmöglichkeit[221] der Anweisung, der er selbst nur eine Bedeutung de lege ferenda zuerkennt. Wir brauchen sie nicht zu besprechen, da wir uns lediglich mit dem vom Gesetz Gegebenen zu beschäftigen haben. Dagegen haben wir uns noch kurz mit dem zu befassen, was er ausgehend vom abstrakten Schuldversprechen des § 780 de lege lata über die schon oben besprochene mündliche Anweisung und über das sogenannte „reine Delegationsversprechen"[222] äußert. Beide hält er für möglich. Vor allem der systematischen Einheit halber glauben wir aber — wie schon oben erörtert —, daß die Eigenart der Anweisungsannahme, Einwendungen bloß in jenem äußerst beschränkten Maße geltend machen zu können, nur bei vorliegendem Skripturvertrag Platz greifen und für die Annahme der Extravaganten allein der § 780 und seine Wirkungen in Frage kommen kann. Der Gedanke, beim reinen Delegationsversprechen analog die Folgen des § 784 eintreten zu lassen, wurzelt wesentlich in der herrschenden Auffassung der rechtlichen Natur der Anweisungsakzepte, denen man gegenwärtig einen dem selbständigen Schuldversprechen ähnlichen inneren Aufbau unterlegt. Dadurch scheint Pezold beeinflußt, trotzdem er im übrigen die gesetzliche Anweisung anders konstruiert.

Indessen stimmen wir mit Rümelin darin überein, daß Befristungen und Bedingungen, auch bestehend in Gegenleistungen, mit der Anweisung selbst wie auch mit dem Charakter ihrer Elemente und vor allem der Abstraktheit durchaus vereinbar sind. Ein leicht beweisbares und sicheres Klagefundament hat der Gläubiger auch dann noch, wenn er den

[221] A. a. O. S. 235.

[222] Dafür hat sich Rümelin im Anschluß an Wendt erklärt. In der von uns vertretenen Ansicht sieht er ein striktes argumentum a contrario aus den Vorschriften des § 784, das eine Bevormundung des Publikums zur ratio und Grundlage habe. Seine entgegengesetzte Meinung basiert, wie oben erwähnt, auf dem Willen nach möglichst großer Freiheit des Verkehrs. Er hebt aber hervor, daß nach dem Rechte des BGB. eine zweifelsfreie Entscheidung nicht zu fällen ist.

Nachweis der Erfüllung einer Bedingung bzw. Gegenleistung zu führen hat[228].

Einig sind wir schließlich mit Rümelin darin, daß es dem Angewiesenen möglich sein muß, sein Akzept vor der Ausfolgung an den Anweisungsempfänger auf die Urkunde zu setzen. Die Zulässigkeit dieses Vorgangs ergibt sich aus unserer Konstruktion, wonach das Akzept die Annahme eines Vertragsantrags bedeutet, aus der Erscheinung, daß die Leistungsermächtigung wirksam ist mit jedem Aus-der-Hand-Geben und aus § 784 II 2. Bedient sich der Anweisende des Angewiesenen als Boten zur Uebermittlung der Anweisungsurkunde an den Empfänger, so ist es nicht erforderlich, daß der Angewiesene diese zuerst ausliefert und daß sie ihm dann vom Empfänger zum Zwecke des Akzepts (der Akzeptierung) zurückgegeben wird.

Die titulierte Anweisung

Eine weitere streitige Frage, die sich uns in diesem Zusammenhang stellt, geht dahin, ob unter die §§ 783 ff. auch die zu den Extravaganten zählende, sogenannte titulierte Anweisung fällt, oder anders gefaßt, ob § 784 — auf diesen Paragraphen kommt es hier an — ebenso dann Anwendung auf eine Anweisung findet, wenn diese die Grundverhältnisse ausdrücklich anführt, wie wenn es sich um die normale Anweisung handelt. Ueblicherweise wäre ja bei einer Titulierung im Falle einer Klage die Klagebegründung eine alternative. Der § 784 gibt aber nur eine engbegrenzte Zahl von Einwendungen und darunter keine, die ihren Fuß- und Wurzelpunkt in den Grundverhältnissen hat. Voraussetzung für die völlig unbegrenzte Zulassung der titulierten Anweisung und Beurteilung nach den §§ 783 ff. ist deshalb entweder, daß die Rechtsordnung stillschweigend über die in die Urkunde aufgenommenen internen Beziehungen unter den Parteien hinweggeht, denn andernfalls wäre die ganze Rationabilität des Anweisungsinstituts gefährdet wegen verminderter Umlaufsfähigkeit, oder daß die eingeschränkten Einwendungen an das Institut als Ganzes geknüpft sind, nicht dagegen allein an das Element der Abstraktheit, daß also das Anweisungsgeschäft in seiner Gesamtheit einen Charakter trägt, dem diese Einschränkung unabhängig von einer abstrakten Fassung entspringt. Die erst angeführte Grundlage schaffen sich denn auch einzelne Autoren, wie Planck,

[228] Rümelin, a. a. O. S. 244 ff.

Schollmeyer[224]. Vor allem glaubt Bayer[225], der den goldenen Mittelweg beschreiten will, daß die titulierte Anweisung auch deshalb zugelassen werden müsse, weil sich Fälle denken ließen, in denen die Klarlegung der Grundverhältnisse einen gewissen Anreiz zum Nehmen der Urkunde seitens des Empfängers und auch zum Akzeptieren seitens des Annehmenden bilde. Indessen haben alle diese Beurteilungen entweder etwas Gekünsteltes oder etwas Gefährliches insofern, als nicht einzusehen ist, warum die Klagegrundlage dann nicht alternativ sein soll, wenn alle Vorbedingungen dafür vorhanden sind. Ist sie aber alternativ, dann ist § 784 entbehrlich und mit ihm fällt auch das ganze Anweisungsgeschäft des BGB. Denn mit § 784 büßt es ein gut Teil der Umlaufsfähigkeit ein. Es wäre auch vollkommen verkehrt, zu meinen, gerade dieser Paragraph bilde ein Argument für die titulierte Anweisung. Mit den Einwendungen, die sich aus dem Inhalt der Urkunde ergeben, ist nur an Nebenbestimmungen gedacht, die mit der abstrakten Natur der Anweisung vereinbar sind. Dieser Ansicht ist Thur[226]. Er ist überhaupt der strengste Gegner der titulierten Anweisung, aber er hat dafür auch die besten Gründe. Er kennt ohne abstrakte Fassung keine Anweisung. Lediglich nach ihrem Inhalt könne man sie ja von der Inkassovollmacht und vom Inkassomandat unterscheiden[227]. Durch die abstrakte Fassung werde auch ein großer Vorteil erreicht bei unvermeidlichen Auseinandersetzungen infolge Mangelhaftigkeit der Kausalverhältnisse insofern, als Prozesse an die Stelle geschoben werden, wo sie hingehören, nämlich ins Innenverhältnis[228]. Auf diesem Standpunkt steht auch die Rechtssprechung[229].

Wir teilen mit geringen Modifikationen die Thur'sche Ansicht bezüglich der titulierten Anweisung[230]. Vor allem, weil wir es für zweckmäßiger halten, daß bei irgendwelchen Mängeln

---

[224] Planck, S. 867; Schollmeyer, S. 190; ebenso Matthiaß, S. 660; Kahl, S. 23; Lippmann, S. 101 u. a.

[225] Bayer, Wirkungen der Annahme der Anweisung nach dem bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Heidelberg, S. 19–22.

[226] Thur, a. a. O. S. 14.

[227] A. a. O. S. 10 ff.

[228] A. a. O. S. 55.

[229] RGE. III, Senat 15, Juni 1915 in Warneyer's Jahrbuch 1915, S. 301,

[230] Ebenso auch Staudinger, II, 2 S. 1571 unten und Oertmann, 2. Auflage, S. 871.

Streite zwischen den Parteien sich intern abspielen, als daß der rasche Umlaufszweck vereitelt wird oder notleidet unter einem Streit zwischen Akzeptanten und Empfänger. Daher ändern nichts an der Anweisungsabstraktheit allgemein gehaltene, nur historisch gemeinte Angaben oder Bezugnahmen auf die Kausalverhältnisse, wenn nur der abstrakte Verpflichtungswille in Anweisung und Akzept in Erscheinung tritt. Ist die Abstraktheit aber nicht ohne weiteres aus der Fassung ersichtlich, so muß man versuchen den Willen der Beteiligten festzustellen. Erweist sich dies als unmöglich, so „sollte der Empfänger der Urkunde zu jeder Auslegung berechtigt sein, die die Urkunde und die Verkehrsauffassung zuläßt[231]."

Es kann dann z. B. eine kausal gefaßte Leistungsaufforderung an den Angewiesenen, eine ebensolche Inkassovollmacht für den Empfänger und auch ein Antrag zu einem Vertrag zugunsten eines Dritten vorliegen. Dessen Annahme hat indessen nicht die Wirkung des § 784, nicht die Folge der Einwendungseinschränkungen. Eine solche Annahme kann, wenn der Form genügt ist, nach § 780 beurteilt werden[232].

Die von uns oben angedeutete, zweite, bisher nie verwendete Möglichkeit, der Annahme einer titulierten Anweisung die Wirkung des § 784 zu verschaffen, ist zwar logisch denkbar, hat aber wie die andere oben erwähnte etwas Gekünsteltes und Unzweckmäßiges. Die Parteien können zwar auch dann eine Anweisung im Sinne des BGB. gewollt haben, wenn sie über ihre internen Beziehungen etwas in der Urkunde aussagen; aber woran soll dies anerkannt werden — die Bezeichnung als Anweisung ist ja weder notwendig noch genügend, und man kann

[231] Löwenfeld, a. a. O. S. 18.

[232] Vergl. zur Frage der titulierten Anweisung Ulmer, a. a. O. S. 90 und 91. Bezüglich der Anweisung des BGB. trifft er keine Entscheidung. Für ihre Zulassung spreche der Gedanke, daß alle formalen Geschäftsarten möglicherweise typenwidrig gebraucht werden. Stehe man aber auf dem Standpunkt, daß der gesetzlichen Anweisung der Zweck vorbehalten sei, nur endgültig abstrahierte Simultanleistungen zu umfassen, so sei ihre Zulassung abzulehnen. Für die Extravaganten entscheidet er aber die Frage, welche Bedeutung titl. Extravaganten haben. Wenn sich die Abstraktion nicht mehr rechtfertige, so dürfe man nicht etwa von einer titl. Anweisung reden, sondern von einer Weisung zu einer Drittzahlung, bezw. eine Drittleistung entgegenzunehmen; das Versprechen zu leisten sei nicht mehr als Anweisungsannahme, sondern als Garantieversprechen, als kumulative Schuldübernahme oder ähnlich aufzufassen.

dann nur, wie oben angegeben wurde, versuchen, die Parteiintention festzustellen —, wenn nicht aus Form und Inhalt? Diese Frage ist sehr berechtigt und mit ihrer notwendigen Beantwortung ist auch der Rümelin'sche Wunsch nach einer möglichst großen Solennisierung des Anweisungsgeschäftes zu erklären[283].

Nach der Feststellung unserer Ansicht über die titulierte Anweisung bleibt uns in Verfolgung unseres Gedankens, sämtliche mit der Abstraktheit des Anweisungsakzepts zusammenhängende Punkte zu besprechen, als Letztes zu erwägen, ob die Abstraktheit mit dem von uns für die Systematik der Anweisung gefundenen vierten Element, dem Vertrag zugunsten Dritter, vereinbar ist. Rümelin erörtert diese Frage bei der Auseinandersetzung mit der diesbezüglichen Hellwig'schen Theorie ausführlich und stimmt Hellwig schließlich für einige Fälle[284] zu. Für uns indessen scheidet die ganze Streitfrage aus, wenn wir im Folgenden den Nachweis erbringen können, daß das, was sich das BGB. unter Verträgen auf Leistung an Dritte vorstellt, auch in dem als abstrakt erkannten Anweisungsakzept zu finden ist. Weil wir dann damit die oben gestellte Frage für uns bejahend gelöst haben, gehen wir jetzt unmittelbar zur Besprechung des Vertrags zugunsten Dritter, des einzigen, noch nicht näher behandelten Elements des Anweisungsakzepts, über. Außer einem weiteren für die Systematik beachtlichen Argument für die Verknüpfung der Anweisungselemente untereinander wird uns diese Erörterung noch einige interessante und — wie wir glauben — beweiskräftige Tatsachen für unsere Theorie finden lassen.

---

[283] A. a. O. Bd. 98, S. 320 ff. Rümelin erörtert die Zulässigkeit der titulierten Anweisung nicht ausdrücklich. S. 250, Bd. 97 hält er es aber für möglich, daß selbständige Schuldversprechen im Sinne des § 780 vorkommen können, wo trotz ausführlichen Eingehens auf die Grundverhältnisse die Begründung einer selbständigen Obligation den Zwecken der Parteien gemäß gewollt sei, d. h. wo die Parteiintention dahingehe, in weitgehendem Maße auf Einreden zu verzichten. Vergl. außerdem S. 252 und 254. Außerdem äußert er die Meinung, für das reine Delegationsversprechen müsse man gerade im Hinblick auf die von unserem Rechte nur verlangte privatschriftliche Form zur Unterscheidung von den auf Anweisung ergangenen Forderungsüberweisungs- und Schuldübernahmeversprechen auf einer vollkommen abstrakten Fassung bestehen.

[284] Rümelin, a. a. O. S. 284—290, Bd. 97.

IV. Der Vertrag auf Leistung an Dritte

Das hervorstechendste Merkmal des Vertrags auf Leistung an Dritte ist sicherlich, daß er, entgegen der Regel des einfachen Vertrags, Wirkungen außerhalb der eigentlichen Vertragsparteien zeitigt, und daß er durch die Erfüllung an einen Dritten beendigt wird. Hierin liegt die erste und Hauptparallele zum Anweisungsgeschäft. Eine Folge dieser Gleichheit des Anweisungsgeschäftes mit dem wichtigsten Merkmal des Vertrags zugunsten Dritter ist, daß wir für alle seine weiteren, wesentlichen Erscheinungen Analogien in den §§ 783 ff. finden. Aber nur für die wesentlichen, denn der Vertrag auf Leistung an Dritte ist seinem Wirkungskreis nach sehr weit gefaßt und das Gesetz unterscheidet bei ihm im Prinzip bereits zwei verschiedene Gruppen. Bei der einen steht der Dritte außerhalb des Rechtsverhältnisses zwischen Versprechendem und Versprechensempfänger und hat deshalb auch kein selbständiges Forderungsrecht auf Leistung. Bei der anderen Gruppe tritt eine Erweiterung der rechtsgeschäftlichen Kraft ein und deshalb erwirbt der Dritte ein eigenes Recht auf Leistung[235]. Er wird sozusagen unmittelbar zum Gläubiger. Die erste der beiden Gestaltungsformen[236] des Vertrags auf Leistung an Dritte scheidet ohne Weiteres für unsere Betrachtung aus. Sie bietet keine Vergleichsmöglichkeit, da das Akzept dem Dritten ein Forderungsrecht gibt. Die zweite dagegen kommt für uns in Betracht. Sie hat ihre gesetzliche Unterlage in § 328 Abs. 1, der bestimmt, daß der Dritte ein Recht auf Leistung unmittelbar aus dem Vertrag erwerben „kann". Unter welchen Voraussetzungen er

[235] Hellwig, a. a. O. S. 146, sieht in dieser Vertragsart eine Analogie zur römischen adstipulatio.

[236] Ueber die Bezeichnung dieser beiden Gestaltungsmöglichkeiten der Verträge auf Leistung an Dritte ist man sich nicht einig. Gierke, a. a. O., heißt die erste Vertragsart, wo der Erwerb der vertraglichen Leistung durch den Dritten auf Grund eines von dem Versprechenden mit ihm abgeschlossenen Leistungsgeschäfts geschieht und nicht auf Grund eines ihm zustehenden Forderungsrechts, „schlichte Verträge auf Leistung an Dritte". Die zweite Vertragsart nennt er Verträge zugunsten Dritter, wobei das „zu Gunsten" nicht „zum Vorteil", sondern „zugewandt", „vergönnt" bedeutet. Enneccerus Lehrbuch 6/8. Auflage I, 2, S. 91, spricht von echten und unechten Verträgen zugunsten Dritter und endlich Hellwig, a. a. O., von ermächtigenden und berechtigenden Verträgen auf Leistung an Dritte. Für unser Thema ist indessen dieser terminologische Streit von keinerlei Bedeutung.

es kann, wann sein Recht entsteht, usw. richtet sich „in Ermangelung einer besonderen Bestimmung" nach den „Umständen" und dem „Zweck des Vertrags". Möglich ist, und zwar ebenfalls, wenn es die Umstände annehmen lassen, daß auch der Versprechensempfänger neben dem Dritten noch forderungsberechtigt ist. Dieses Nebeneinander der Berechtigungen des § 335 gibt es bei der Anweisung nicht. Beim Anweisungsakzept sehen wir dagegen jene unmittelbare, alleinige Berechtigung des Dritten nach § 328 Abs. 1 und zwar kraft positiver Norm. Hier ist also eine „besondere Bestimmung vorhanden". Die Auslegungsregel des § 335 ist übrigens durchaus dispositiv gehalten, weshalb uns mit ihm kein Gegenargument erwächst. Zum Zweck der Beweisführung, daß die in Frage stehende Regelung der Anweisung mit den Bestimmungen des BGB. über den Vertrag auf Leistung an einen Dritten übereinstimmt, kann die Theorie sehr wohl sagen: es entspricht einerseits ganz dem allgemein anerkannten „Zweck" des Anweisungsgeschäfts, daß der Einfachheit halber nur einer ein Recht auf Leistung hat und zwar der Dritte, der Anweisungsempfänger, wie auch andererseits vor allem dem Wertpapiercharakter des Akzepts. Zur Geltendmachung des Rechts ist eben nur der durch die Anweisungsurkunde Legitimierte berechtigt. Man braucht keinen weiteren Berechtigten, keine kumulative Berechtigung, zur sicheren Geltendmachung, weil das Recht auf Leistung, gegründet auf das Akzept, durch Einschränkung der Einwendungen und die Möglichkeit der Einklagung im Urkundenprozeß allein stark genug ist.

Einen weiteren Vergleichspunkt gibt uns ab der § 328 II, der analog dem, was wir für die Anweisung festgestellt haben, die Zulässigkeit von Bedingungen und Befristungen ausspricht, und endlich der § 334, aus dem bereits folgt, daß „gegenüber dem Anspruch des Anweisungsempfängers aus dem Akzept keinerlei Einwand aus dem zwischen Angewiesenem und Anweisendem bestehenden Grund-Schuldverhältnis gemacht werden kann"[287].

Nicht nur durch den vorstehenden Vergleich, auch noch auf eine weitere Art können wir unsere Ansicht erhärten, indem wir nämlich im Folgenden Betrachtungen anstellen an Hand

[287] So Herbert Meyer, Akzept, S. 100.

einer kurzen Besprechung einiger der vielen Theorien[238], die für den Vertrag zugunsten Dritter seit Ende des vergangenen Jahrhunderts geschaffen wurden. Wir trennen hierbei, da die logische und sachliche Möglichkeit besteht, die vielen Meinungen über die Rechtsnatur und den Entstehungsgrund eines Forderungsrechts des Dritten in zwei Gruppen[239]. Die eine von ihnen, zu der die Stellvertretungs-, Zessions- und Beitrittstheorien zu rechnen sind, glaubt, daß ohne eine Willenserklärung der Dritte kein Forderungsrecht erwerben könne. Die andere Gruppe, die im klaren Standpunkt des Gesetzes, in § 328 Abs. 1, wurzelt, und die von der überwiegenden Mehrzahl der modernen Schriftsteller vertreten wird[240], hält dafür, daß lediglich auf Grund des Willens der Vertragschließenden das Forderungsrecht des Dritten entstehe. Sie verwirft somit alle Theorien der ersten Gruppe. Die Stellvertretungskonstruktion, die sich den Dritten als Vertretenen denkt, lehnt sie deshalb ab, weil der Vertretene im Gegensatz zu dem von der Stellvertretungskonstruktion mit ihm verglichenen Dritten Vertragsteil ist, weshalb er auch eine Forderung aus dem Vertrag als solcher und nicht als Dritter erwirbt[241]. „Bei dem durch Stellvertreter abgeschlossenen Vertrag besteht die causa desselben zwischen dem

[238] Viele Theorien sind wohl deshalb aufgetaucht, weil die Vorgeschichte infolge von jahrhundertelangen Kämpfen um seine Zulässigkeit dem heutigen Vertrag zugunsten Dritter eine unsichere Basis bot. Wie das römische Recht, so kannte auch das gemeine Recht nur ausnahmsweise eine bindende Wirkung für Verträge zugunsten Dritter; ganz im Gegensatz zum deutschen Recht, dessen grundsätzlicher Standpunkt mit der Reglung des BGB. zu geltendem Recht erhoben worden ist.

[239] Außerhalb dieser beiden Gruppen stehen einige Autoren, wie Stammler und Matthiaß. Der erstere, Recht der Schuldverhältnisse S. 172 ff., begründet den Forderungserwerb des Dritten durch ein materiell selbständiges Schuldversprechen, das nur formell innerhalb des Vertrags geschehen müsse. Aehnlich Matthiaß, S. 398. Gegen sie Oertmann, S. 76, Ziffer 2; Schollmeyer, S. 216; Enneccerus, 6/8. Auflage I, 2, S. 84, Nr. 7 und S. 956; Goldmann-Lilienthal, S. 388, 7 unter besonderem Hinweis auf die bedenklichen Konsequenzen der Stammler'schen Theorie.

[240] So Gierke, Endemann, Enneccerus, Goldmann-Lilienthal, Staudinger in seiner 7/8. Auflage u. a.

[241] Vergl. Enneccerus, a. a. O. S. 95, III; Endemann, a. a. O. S. 715, 3. Das Gleiche gilt für die sogenannten Reflexwirkungen Ihering's, wo der Dritte nur einen Vorteil, aber keinen Forderungsanspruch erwirbt. Vergl. auch Goldmann-Lilienthal, S. 378, 4 und Dernburg, Schuldverhältnisse, Bd. 2, 2 S. 232, II.

Vertretenen und dem Mitkontrahenten des Stellvertreters, bei dem Vertrag zugunsten Dritter ist eine causa zwischen dem Promittenten und Promissar und eine weitere zwischen dem Promissar und dem Dritten vorhanden, dagegen keine zwischen den Personen, zwischen denen die vereinbarte Vermögensleistung stattfinden soll"[242].

Ebenso unhaltbar ist die Zessionstheorie[243]. Sie räumt dem Dritten die Stellung eines Zessionars ein. Das geht nicht an, denn einmal tritt bei der Zession der Gläubiger das eigene erworbene Recht ab und dann entsteht bei der Abtretung im Gegensatz zum Vertrag auf Leistung an Dritte für den Zessionar kein Anspruch unmittelbar aus dem Grundvertrag. Der Zessionar muß dabei mit seinem Vertragsgegner, dem Zedenten, unterhandeln. Der Dritte indessen braucht des Näheren vom Vertrag zu seinen Gunsten gar keine Kenntnis zu haben.

Außer der Beitrittstheorie[244], die durch die Bestimmung des § 328 I reprobiert ist, ist noch zu erwähnen die Hellwig'sche Theorie des Vertrags auf Leistung an Dritte, die ebenfalls von der modernen Rechtslehre zurückgewiesen wird und auf die wir schon wiederholt Bezug genommen haben, weil Hellwig gleich uns im Anweisungsgeschäft einen Vertrag zugunsten Dritter erblickt. Die Berechtigung seiner auf Lenel's Vollmachtslehre aufgebauten Ansicht bezüglich des Vertrags auf Leistung an Dritte haben wir hier nicht zu prüfen, wie uns hier überhaupt die Theorien des Vertrags zugunsten Dritter nur deshalb bemerkenswert sind, weil wir unter ihnen wie unter denen des Anweisungsgeschäfts Konstruktionsformen finden, die sich um die Stellvertretung und um die Zession gruppieren. Dies aber ist zum Mindesten ein Zeichen für das Vorliegen von verwandtschaftlichen Zügen, denn es wäre nicht einzusehen, wie ohne solche die gleichen Geschäfte für die theoretische Erfassung der Anweisung und des Vertrags zugunsten Dritter hätten herangezogen werden können. Da wir aber die Kriterien des Vertrags zugunsten Dritter in der Anweisung

[242] So Danz, Forderungsüberweisung und Verträge zugunsten Dritter, 1886, S. 118 ff.

[243] Siehe Endemann, a. a. O., S. 716, 3.

[244] Eine solche Beitrittserklärung ist aber nach Endemann, a. a. O., S. 719, 21 möglich bei besonderer Vereinbarung im Grundvertrag, der aber damit seinen Charakter als Vertrag zugunsten Dritter im Sinne des Gesetzes einbüßt.

vorgefunden haben, insofern, als die gesetzlichen Bestimmungen der §§ 328 ff., soweit sie Prinzipielles enthalten, mit denen der §§ 783 ff. vollständig übereinstimmen, und da wir weiterhin den alleinigen Anspruch des Empfängers auf Leistung aus der Verbindung des Vertrags zugunsten Dritter mit der Skriptur und der Abstraktheit herleiten konnten, so haben wir nicht bloß verwandtschaftliche Züge zwischen der Anweisung und dem Vertrag zugunsten Dritter nachgewiesen, sondern vielmehr die Richtigkeit der Wahl des letzten Anweisungselementes und dessen innere Verbundenheit mit den übrigen schon besprochenen Anweisungsbestandteilen.

Vierter Teil

Die Stellung des Angewiesenen und Akzeptanten in Fällen, wo sich das Anweisungsgeschäft nicht normal abwickelt

I. Allgemeines

Mit dem vorhergehenden, dem dritten Teil ist unsere theoretische Fundierung abgeschlossen. Auch veränderte Gesichtspunkte haben neue Stützen für unsere Auffassung, für die Systematik, d. i. das theoretische Gerüst, der §§ 783 ff. ergeben. Wir haben im Laufe der dahingehenden Untersuchung auch einige teils abgrenzende, teils rein praktische Fragen und Sonderfälle aus dem Anweisungsgebiet gestreift, die unter anderem die Extravaganten, das Mehr- und Minder- und das Vor- und Nachakzept[245] betrafen. Uebrig bleibt uns aber vor allem noch die Erörterung der pathologischen Erscheinungen des Normalfalles. Damit sind Konstellationen gemeint, in denen eine gültige Anweisung vorliegt, aber gegenüber der Akzeptverpflichtung sogenannte „Einwendungen" gegeben sind. In der Literatur ist die systematische Erfassung dieser Einwendungen, die in § 784 Abs. 1 aufgezählt sind, und von denen wir oben schon verschiedene Male unter Hinweis auf ihre Beschränkung gesprochen haben, aus der Verschiedenheit der Theorien heraus sehr umstritten; die Anwendung und Wirkung dieser Einwendungen aber ist fast überall dieselbe. Doch dort, wo das Gesetz über Einwendungen schweigt und keinen Einwand ausdrücklich gibt, wie z. B. bei dem Ausnahmefall, bei mangelhafter oder ungültiger, aber akzeptierter Anweisung, da differieren die Meinungen über die praktische Lösung sehr erheblich. Und gerade hier zeigt sich erst recht die Wirkung und der Vorteil unserer beiden Formeln, der Vertragstheorie, ergänzt durch die in unserem zweiten Teil behandelte Rechtsschein- und Veranlassungstheorie.

[245] Unter Vor- und Nachakzept verstehen wir im weitesten Sinne die Akzeptierung vor und nach Aushändigung der Urkunde an den Empfänger und vor und nach Bestimmung des Empfängers in der Anweisung.

Aber auch bei den Einwendungen des § 784, die wir den Erörterungen über den letztgenannten Fragenkomplex vorausgehen lassen, ergibt sich die Richtigkeit unserer oben gefundenen systematischen Erkenntnisse.

II. Die Einwendungen des § 784 Abs. 1

Der § 784 ist der Paragraph der Anweisungsannahme und der, gegenüber der Leistungsverpflichtung aus ihr, möglichen Einwendungen. Sie stehen demgemäß dem Angewiesenen und dessen Erben in erster Linie dann zu, wenn er akzeptiert, aber noch nicht geleistet hat. Sie sind indessen auch dann für ihn in Form von Kondiktionen gegeben, wenn er als Akzeptant, d. h. nach erfolgter Annahme, geleistet hat. Endlich kann sie — mit Ausnahme der Einwendung gegen die Gültigkeit des Akzepts — auch der ohne vorherige Annahme leistende Angewiesene geltend machen insofern, als sie unter die allgemeinen Grundsätze fallen, die anzuwenden sind, nachdem zwar der Anweisungsvertrag durch konkludente Handlung aber ohne Skriptur und ohne Abstraktheit abgeschlossen wurde. Daß sie sich gegen den Empfänger, der durch das Akzept berechtigt oder ohne Akzept zum Empfang ermächtigt ist, und in den Grenzen des § 792 gegen dessen Rechtsnachfolger richten, ist selbstverständlich.

Das Gesetz teilt die Einwendungen des § 784 in drei Gruppen, deren erste die Einwendungen sind, die **„die Gültigkeit der Annahme betreffen"**. Darunter sind zu verstehen Mängel im Willen und in der Dispositionsfähigkeit des Akzeptanten. Der Angewiesene wendet ein, daß seine Annahme keine Verpflichtung begründe, weil sie nichtig oder anfechtbar sei. Derartige Nichtigkeits- oder Anfechtbarkeitsgründe können bestehen in Geschäftsunfähigkeit (§ 105), beschränkter Geschäftsfähigkeit (§ 106, es fehlt die erforderliche Einwilligung des gesetzlichen Vertreters), Zwang (vis absoluta), Scheingeschäft (§ 117 = Simulation, aber nur, wenn der Akzeptant glaubt, der Empfänger erkenne den Mangel; sie wirkt nicht gegen Rechtsnachfolger des Empfängers wegen § 405), Scherz (§ 118, vorausgesetzt, daß Empfänger die Nichternstlichkeit erkennt), Irrtum (§ 119, z. B. Irrtum über den Zweck), arglistige Täuschung und Drohung (§ 123, von Empfänger oder Drittem ausgehend; bei Täuschung durch Dritten, wegen § 123 II, 2, nur wenn sie der Empfänger

kannte oder kennen mußte), nicht eigenhändige Annahme (§ 126), Fälschung der Annahme und Unsittlichkeit nach § 138. Nicht aber liefert einen Einwand ein geheimer Vorbehalt im Sinne von § 116, der dem Empfänger unbekannt ist[246].

Alle im vorhergehenden Absatz aufgezählten Nichtigkeits- und Anfechtbarkeitsgründe sind in Fällen gegeben, wo, mit Ausnahme der Fälschung der Annahme, ein Anweisungsvertrag, wenn auch ein mangelhafter zustande gekommen ist, und alle diese Gründe, aus denen beim Anweisungsgeschäft Einwendungen gegen die Gültigkeit der Annahme vorgebracht werden können, sind nach der bestehenden Systematik des BGB. auch sonst für Verträge gegeben. Das heißt mit anderen Worten: die hier behandelte Einwendung des § 784 enthält nichts Besonderes, nichts von den üblichen Regeln Abweichendes.

Für den Fall der gefälschten Annahme gilt das hier Gesagte gleichfalls. Bei ihr ist allerdings kein auch nur mangelhafter Vertrag zustande gekommen. Ein gefälschtes Akzept ist keine Annahme, weder beim Anweisungsvertrag noch bei anderen schriftlichen Verträgen. Eine Leistungsverpflichtung kann es deshalb nicht geben, auch nicht auf Grund einer Rechtsscheinwirkung. Uebrigens kann bei der gefälschten Annahme der Angewiesene aus einem weiteren, zweiten Gesichtspunkte heraus eine Einwendung gegen das Leistungsverlangen vorbringen und zwar, weil sich — diese Einwendung gehört zur zweiten Gruppe der Einwendungen des § 784 — die falsche Unterschrift „aus dem Inhalt der Urkunde" ergibt. Eine derartige Häufung von Einwendungen — darauf ist hinzuweisen —, wie sie bei der Fälschung der Annahme immer gegeben ist, kommt natürlich je nach Sachlage auch sonst mit allen dreien der Einwendungsgruppen des § 784 vor[247].

Unter die vorstehend schon erwähnte zweite Gruppe von Einwendungen, die **„sich aus dem Inhalte der Anweisung oder dem Inhalte der Annahme ergeben"**, sind zu

[246] Lippmann, a. a. O. S. 97 ff., Bayer, a. a. O. S. 60, Wiskemann, a. a. O. S. 24, II a.

[247] Im Fall der Fälschung der Annahme durch den Empfänger ergibt sich u. U. eine **Kumulation** aller drei Gruppen von Einwendungen. Der Angewiesene kann sich helfen mit der Einwendung gegen die Gültigkeit der Annahme, mit der aus dem Inhalt der Urkunde, insofern als die falsche Unterschrift aus ihr hervorgeht, und mit der Einwendung, die sich unmittelbar gegen den Empfänger richtet.

zählen außer der Fälschung und Verfälschung der Anweisung, von der wir unten ausführlich sprechen werden, und der schon genannten Fälschung der Annahme, irgendwelche Bedingungen und Befristungen, die der Anweisungstext aufweist, ohne indessen auf die Grundverhältnisse Bezug zu nehmen.

Auch diese Einwendungen sind nichts dem Anweisungsgeschäft allein Eigentümliches. Ganz allgemein gilt der Grundsatz, daß man aus dem Inhalt eines schriftlichen Vertrags Einwendungen geltend machen kann. Spezifisch für die Anweisung ist nur, daß im Anweisungstext keine Bezugnahme auf die Kausalverhältnisse erfolgen darf in Anbetracht der Abstraktheit und daß es deshalb — wir verweisen dazu auf unsere diesbezügliche Ausführung im dritten Teil — auch keine Einwendungen aus einer solchen Bezugnahme geben kann. Wiskemann und ebenso Thur[248] teilen dies Auffassung. Bayer und Lippmann dagegen vertreten die entgegengesetzte Meinung[249]. Für sie ist das sogenannte kausale Akzept und die Annahme unter Befristungen und Bedingungen ebenso den Anweisungsregeln entsprechend wie die kausale Anweisung. Mit der Zulassung derartiger titulierter Anweisungen und Annahmen erreichen sie dann, daß aus der kausalen Fassung der Urkunde Einwendungen geltend gemacht werden können. Für uns aber ist — das können wir aus unserem dritten Teil wiederholen — eine titulierte Anweisung keine Anweisung im Sinne des Gesetzes, sondern ein Geschäft, das nach der jeweiligen Partei-

[248] Wiskemann, a. a. O. S. 24, II b, gibt nur Befristungen, Bedingungen, Vorbehalte und andere die Grundverhältnisse nicht berührende Beschränkungen. Die gleiche Meinung vertritt, wie wiederholt hervorgehoben wurde, Thur, a. a. O.

[249] Lippmann, Wirkungen der Annahme der Anweisung, S. 101, gewährt Einwendungen aus dem zugrunde liegenden Deckungs- und Valutaverhältnis, d. h. aus kausalen Bestandteilen, die in die Anweisung oder die Annahme aufgenommen sind. Hierher rechnet er die Annahme unter Suspensiv-Bedingungen, die noch nicht eingetreten sind, und wenn Anweisender in der Urkunde auf ein Avis hinweist und Angewiesener annimmt im Hinblick auf das Eintreffen dieser Benachrichtigung. Aehnlich Bayer, Wirkungen der Annahme der Anweisung, S. 61 ff., unter Hervorhebung des Umstandes, daß die Beschränkung der Einwendungen auf den Inhalt der Urkunde dem Angewiesenen die Geltendmachung der neben der Urkunde erfolgten Abreden zwischen ihm und Anweisendem entziehe. Beide, Bayer, a. a. O. S. 28 ff. und Lippmann, a. a. O. S. 19 halten — daraus erklärt sich ihre Stellungnahme —, die Annahme für eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, die das Versprechen zur Leistung gemäß der Anweiung zum Inhalt hat.

intention zu beurteilen ist, und ein nicht reines Akzept keine Annahme im Sinne des § 784 II.

Außer der eben besprochenen zweiten Art von Einwendungen gegen das Leistungsverlangen des Empfängers gibt das Gesetz noch eine dritte und letzte Art. Zu dieser dritten Gruppe der Einwendungen, die **„dem Angewiesenen unmittelbar gegen den Anweisungsempfänger zustehen"**, gehören alle Fälle, wo der Akzeptant entweder das Verfügungsrecht des Empfängers bestreitet oder Gründe geltend macht, die den Anspruch auf Leistung zeitweise ausschließen oder ihm gar dauernd das Recht zur Erfüllungsverweigerung geben.

Das Verfügungsrecht des Empfängers kann der Angewiesene bestreiten, indem er erklärt, der als Empfänger Auftretende habe die Anweisung gestohlen oder sonst unrechtmäßig im Besitz, er sei geschäftsunfähig oder nur beschränkt geschäftsfähig und endlich, er habe keine Befugnis zur Geltendmachung der Forderung wegen Konkurses über sein Vermögen.

Hat der Empfänger dem Angewiesenen die Leistung gestundet, gibt er die Urkunde nicht Zug um Zug gegen die Leistung an den Akzeptanten heraus und ist für den Angewiesenen ihm gegenüber ein Zurückbehaltungsrecht begründet, so kann der Angewiesene ihm dies als Einwendung der dritten Gruppe des § 784 entgegensetzen. Er kann weiterhin aus dem Gesichtspunkt, ein Recht zu dauernder Verweigerung der Erfüllung zu haben, vorbringen, daß der Anspruch verjährt oder ein pactum de non petendo geschlossen worden sei zwischen ihm und dem Empfänger, daß der Empfänger ihm die Schuld erlassen habe und daß er aufrechnen könne.

Ebenso hat er dann ein Recht, die Erfüllung zu verweigern, wenn der sich als Empfänger Gerierende eine Fälschung oder Verfälschung der Anweisung oder eine Fälschung der Annahme vorgenommen hat.

Die genannten Einwendungen kann er auch den Rechtsnachfolgern des Empfängers entgegenhalten, soweit sie sich gegen diese „unmittelbar" richten und er ihnen gegenüber akzeptiert hat. Dagegen gibt es für ihn nach § 792 kein Zurückgreifen auf Einwendungen, die sich gegen einen Vormann dessen richten, demgegenüber er die Anweisung angenommen hat.

Nicht möglich ist ferner die Einwendung, der Empfänger sei von seinem Schuldner, der erfüllungshalber die Anweisung

ausgestellt habe, inzwischen befriedigt worden. In diesem Fall muß sich also der bezahlende Angewiesene außerhalb des Anweisungsgeschäftes an den Anweisenden wegen ungerechtfertigter Bereicherung halten.

Unsere Aufzählung ergibt, daß die angeführten Einwendungen der dritten Gruppe des § 784 ihrer Natur nach „persönliche" Einwendungen sind, was auch bereits aus dem Wort „unmittelbar" hervorgeht. Sie beruhen auf außerhalb des Anweisungsgeschäfts getroffenen Abreden und auf irgend welchen tatsächlichen und rechtlichen Umständen, die mit dem Anweisungsgeschäft an sich nichts zu tun haben. Es sind teilweise peremptorische und dilatorische Einwendungen, wie sie das bürgerliche und Prozeß-Recht bei jedem Leistungsverlangen kennt, und teilweise solche, die mit dem allgemein geltenden Treu- und Glaubens-Prinzip zusammengefaßt werden können. Genau wie für die erste und zweite Gruppe von Einwendungen stellen wir also auch für die dritte Gruppe fest, daß der § 784 keine Regelung trifft, die nicht mit den sonst üblichen Grundsätzen des BGB. übereinstimmen würde. Die von uns durchweg betonte Maxime, daß für die Systematik der Anweisung allgemein gültige, der bestehenden Systematik bekannte Regeln und Begriffe zugrunde zu legen sind, erhellt daraus ohne Weiteres.

Indessen sind — darin weichen die Bestimmungen über die Anweisung von den üblichen Vertragsgrundsätzen ab — mit den drei aufgezählten Gruppen die Einwendungen, die der Akzeptant hat, erschöpft. Der § 784 umgrenzt somit, indem er sie aufzählt, die Akzeptationseinwendungen. Nirgends nennt er solche aus den Grundgeschäften, aus dem Valuta- und aus dem Deckungsverhältnis, und aus dem Anweisungsvertragsangebot. Diese schon im dritten Teil besprochene, wesentliche Eigenschaft ist der Anweisung eigentümlich und systematisch als Abstraktheit aufzufassen.

Der Effekt der Beschränkung der Einwendungen liegt darin, daß der Akzeptant immer dann zur Leistung verpflichtet ist, wenn er begründeterweise keine zum § 784 gehörige Einwendung geltend machen kann. Und das kann er einerseits dann nicht, wenn das ganze Anweisungsgeschäft, nicht nur die Anweisung vollgültig ist, und andererseits — dieser Fall steht allein in Frage — auch dann nicht, wenn es entweder in seinen Grundgeschäften Mängel aufweist oder wenn die Anweisungsgrundlage mangelhaft ist.

III. Die Akzeptverpflichtung bei mangelhafter und ungültiger Anweisung

Bei der bisherigen Betrachtung haben wir vorausgesetzt ein vollgültiges Vertragsangebot, eine mängelfreie Ausstellererklärung. Es ist denkbar und praktisch möglich, daß diese Voraussetzung fehlt. Immer bleibt dann der Akzeptant mit wenigen Ausnahmen trotzdem verpflichtet zu leisten, ja, er muß genau so leisten, wie wenn das ganze Anweisungsgeschäft vollgültig wäre, da ihm § 784 keine Einwendung gewährt.

Diese Erscheinung hat die systematische Konstruktion des Anweisungsgeschäfts sehr beeinflußt. Es steht nicht fest, ist aber beinahe anzunehmen[250], daß die meisten Autoren durch die eigenartige Verpflichtung aus dem Akzept, auch wenn keine gültige, sondern mit Mängeln behaftete Anweisung vorliegt, veranlaßt wurden, diesen doch ohne Zweifel pathologischen Fall zum Ausgangspunkt ihrer theoretischen Ansicht auch für den Normalfall zu machen und jene Theorien zu vertreten, die die Anweisung und das Akzept je für sich behandeln, fast genau so, als ob sie nichts miteinander zu tun hätten. Dagegen läßt sich aber sagen, daß es nicht angeht, aus der eigenartigen Erscheinung des nicht normalen Falles Schlüsse zu ziehen für den normalen Fall und die systematisch mögliche Konstruktion der abnormen Konstellation, die Theorie des einseitigen Aktes, auch für die regelmäßige Form zu wählen. Die aus diesem Vorgehen notwendigerweise resultierende, große Reihe von Gegenargumenten haben wir im ersten und zweiten Teil unserer Untersuchung angeführt. Dort schon, im zweiten Teil, haben wir im voraus darauf hingewiesen, daß der Fall, wo die Anweisungsgrundlage mangelhaft ist, systematisch aufzufassen sei als Verpflichtung, die sich gründe auf die Verursachung des Scheins eines Rechts und schon festgestellt, daß eine solche Wirkung des Rechtsscheins und der Veranlassung im Wertpapierrecht und im BGB. häufig vorzufindende Erscheinungen seien.

In der Tat gibt das Prinzip der Rechtsscheinwirkung und der Veranlassungshaftung auch für den hier in Frage stehenden Ausnahmefall der Anweisung eine systematische Unterlage ab, was daraus erhellt, daß wir bei vorübergehender Ignorierung des Gesetzes, das Einwendugen aus der Anweisungsgrundlage

[250] Denn an sich liegt kein Grund zu getrennter Betrachtung vor.

verbietet und die Verpflichtung trotz mangelhafter Grundlage aufrecht erhält, mittels unserer Theorie ebenfalls zu dem Ergebnis kommen, daß der Angewiesene auf sein Akzept hin leisten muß, wenn nur eine vom Aussteller herrührende, indessen mangelhafte, Erklärung vorhanden ist. Bei einem derartig mangelhaften Vertragsangebot kann natürlich kein gültiger Vertrag zwischen Anweisendem und Angewiesenem zustande kommen und auch nicht die fragliche Akzeptverpflichtung auf diese Weise systematisch begründet werden. Vielmehr haftet eben der Akzeptant aus dem Rechtsschein eines gültigen Anweisungsvertrags heraus, den die beiden Vertragsschließenden einem gutgläubigen Dritten gegenüber durch ihre Erklärung, wenn auch ohne Verschulden, verursacht haben. Bereits durch den Schein einer gültigen Ausstellererklärung wird der Empfänger veranlaßt zu präsentieren und der Angewiesene anzunehmen. Die skripturrechtliche Form der Niederschrift der Annahme erzeugt dann den Rechtsschein eines gültigen Akzeptvertrags, der die verbindliche Kraft des Akzepts ausmacht gegenüber gutgläubigen Dritten, deren Vertrauen auf den Schein eines Rechts geschützt wird, während der Verursacher des Scheins den Schaden tragen muß. Er muß also auf sein Akzept hin, da keine Einwendung hilft, leisten, ohne dann einen Bereicherungsanspruch gegen den Empfänger zu haben, da die Scheinwirkung der Skripturform der beiden Erklärungen, also die Anweisung selbst, die causa für seine Leistung abgibt. Diese causa fehlt aber, wenn er bei mangelhaftem Vertragsangebot leistet, ohne vorher akzeptiert zu haben, und deshalb kann er bei solcher Sachlage seine Leistung immer beim Empfänger kondizieren.

Die Fälle einer Mangelhaftigkeit der Vertragsgrundlage, also des Vertragsangebots, sind im Wesentlichen die gleichen, wie wir sie als Einwendungen gegen die Gültigkeit der Annahme aufgezählt haben[251]. Es sind die üblichen Gründe, die das BGB. bei Willensmängeln gibt, weshalb sich eine Aufzählung erübrigt. Immerhin ist aber zu bemerken, daß diese Mängel nur dann keine Einwendungen gestatten, wenn der Empfänger sie nicht kennt oder kennen muß. Das geht aus der Voraussetzung der Rechtsscheinwirkung, der Gutgläubigkeit hervor. Fehlt die er-

[251] Hierher gehört z. B. das In-den-Verkehr-Kommen einer lediglich zu Lehrzwecken ausgestellten Anweisung.

forderliche Gutgläubigkeit, so hat der Angewiesene Einwendungen, die sich „unmittelbar" gegen den Empfänger ergeben, die unter der Bezeichnung exceptiones doli zusammenzufassen sind und die ihm auch gegenüber dessen Rechtsnachfolgern zustehen, da es sich um einen dem Vormann gegenüber wirksamen Mangel des Akzeptvertrags handelt, nicht um ein zwischen Empfänger und Angewiesenem bestehendes Rechtsverhältnis im Sinne des § 792, III, Satz 1.

Von den genannten Mängeln der „Anweisungsgrundlage", also der Ausstellererklärung, sind scharf zu unterscheiden sowohl der Fall der gefälschten Anweisung wie auch irgend welche Mängel in den Anweisungs„grundgeschäften", d. h. im Valuta- und Deckungsverhältnis. Letztere kommen vor bei vollgültiger und bei mangelhafter Anweisung, sind aber für die Anweisung selbst unbeachtlich und geben demgemäß keine Einwendungen. Nur nach Vollzug der Anweisung, also außerhalb des eigentlichen Anweisungsgeschäftes, berechtigen sie je nach Sachlage den Angewiesenen, gegen den Anweisenden, und auch diesen, gegen den Empfänger Kondiktionen geltend zu machen[232].

Gefälschte Anweisung

Wie schon hervorgehoben wurde, hat auch sachlich nichts zu tun mit der mangelhaften Anweisungsgrundlage der Fall der gefälschten Ausstellererklärung. Eine Ausstellererklärung, die nicht von dem als Aussteller in der Anweisung Genannten herrührt, ist kein eigentliches Vertragsangebot, auch kein mangelhaftes. Der Wille des Fälschers geht auf Täuschung des Angewiesenen, nicht auf Vertragsabschluß. Eine solche uneigentliche Erklärung ist an sich rechtlich bedeutungslos, soweit sie nicht strafrechtliche Folgen hat. Als tatsächliche Erscheinung hat sie aber die Wirkung, daß sie den nichtsahnenden Angewiesenen zur Annahme oder Leistung verleitet. Wie ist dann die Rechtslage des Akzeptanten? Kann er gegenüber dem Leistungsverlangen eines gutgläubigen Empfängers Einwendungen geltend machen? Hat er Bereicherungsansprüche gegen ihn, wenn er leistet, ohne vorher akzeptiert zu haben, oder wenn er auf sein Akzept hin leistet? Solcher Art sind die Fragen, die sich bei der gefälschten Anweisung erheben.

Die Beantwortung dieser Fragen ist eine sehr verschiedene, da das Gesetz scheinbar — nur scheinbar — nichts für diesen Fall

[232] z. B. gegen den Anweisenden eine condictio indebiti, wenn der Angewiesene akzeptierte und leistete in der Meinung, zur Leistung verpflichtet zu sein.

ausdrücklich sagt und daher, wie es vielfach fälschlicherweise geschieht, die Lösung durch Konstruktionen gesucht wird, es deren aber — das erhellt aus ihrer Aufzählung in dieser Schrift — in der Literatur sehr viele gibt. So verneint die herrschende Meinung konsequenterweise jeden Bereicherungsanspruch gegenüber dem **gutgläubigen** Empfänger, wenn der Angewiesene entsprechend der gefälschten Anweisung, ohne vorher akzeptiert zu haben, geleistet hat. Konsequenterweise deshalb, weil sie einen schuldrechtlichen Zusammenhang zwischen Anweisung und ihrer Annahme leugnet und die Anweisung für sie ja nur eine Ermächtigung ist, in eigenem Namen zu zahlen.

Erst recht natürlich kann nach herrschender Meinung kein Bereicherungsanspruch und auch keine Einwendung vom Angewiesenen geltend gemacht werden, wenn er die gefälschte Anweisung akzeptiert hat, denn für die Kreationstheorie, die sie wählt, schafft das Akzept eine neue selbständige Verpflichtung. Eine gültige Anweisung sei keineswegs Voraussetzung für das Akzept[253]. Sie enthalte, wenigstens scheinbar, alle Voraussetzungen einer echten, ihr Besitz lasse eine richtiggehende Aushändigung vermuten und die Annahme erzeuge eine neue, völlig selbständige Verbindlichkeit. Daher sei keine Einwendung „gegen die Gültigkeit der Annahme" möglich, da § 119 nicht anwendbar sei und man nur von einem unerheblichen Irrtum im Motiv sprechen könne. Ebensowenig helfe der § 123 bei Gutgläubigkeit des Empfängers oder eine Einwendung „aus dem Inhalt der Anweisungsurkunde" oder eine solche aus dem Gesichtspunkt der Einwendungen, die unmittelbar gegen den Empfänger zustehen, soweit diesen keine Bösgläubigkeit treffe. Da die Anweisung nicht der rechtliche Grund für das Akzept sei, könne auch bei Zahlung nach vorheriger Annahme keine Bereicherungseinrede Platz greifen[254].

Dieser Ansicht tritt Lippmann[255] entgegen mit der Begründung, daß keine Anweisung vorliege, wenn die Unterschrift des Ausstellers falsch sei. Und die Annahme einer solchen Nicht-Anweisung sei natürlich keine richtige Annahme. Der Akzeptant brauche also gar keine Einrede, denn es sei weder eine

---

[253] So Bayer, a. a. O. S. 60.

[254] So Karberg, a. a. O., Dernburg, Bürgerliches Recht, II, S. 220 Ziff. 5 und Crome, Bürgerliches Recht, II, S. 929 u. a.

[255] A. a. O. S. 97.

eigentliche Anweisung vorhanden, noch ein Akzept. Während er auf diese Weise dem Akzeptanten helfen zu können glaubt, versucht Wiskemann[256], die Lippmann'sche Ansicht mit der Ausführung ad absurdum zu führen, eine unechte Urkunde sei ebenso wie eine echte eine Anweisung und infolgedessen die Unechtheit kein Grund zur Nichtigkeit der Annahme. Der herrschenden Meinung gibt er insoweit Recht, als sie der einseitigen Willenserklärung der Annahme eine Verpflichtungskraft verleiht, und dem Akzeptanten läßt er darüber hinaus Hilfe zu Teil werden, indem er ihm die der condictio entsprechende Einrede gewährt, daß die causa des Deckungsverhältnisses fehle. Auch Planck und Oertmann die ebenso wie Wiskemann für den Normalfall die herrschende Meinung teilen, halten die Anweisung für die causa im Verhältnis des Angewiesenen zum Empfänger und geben deshalb einen Bereicherungsanspruch, wenn der Angewiesene bei gefälschter Anweisung dem gutgläubigen Empfänger leistet und das, obwohl ein solcher Bereicherungsanspruch schwer zu begründen sei, aus dem Gesichtspunkt heraus, daß anstößige Ergebnisse zu vermeiden seien.

Zweifellos sind anstößige Ergebnisse zu vermeiden, jedoch, wenn es irgend geht, auf eine möglichst ungekünstelte Art. Das wünschenswerte Ergebnis aber ist, daß ein Angewiesener, der eine gefälschte Anweisung angenommen und auf sie hin geleistet hat, seine Leistung ebenso beim Empfänger kondizieren kann, wie wenn er ohne Akzept geleistet hätte, und daß ihm, wenn er akzeptiert, aber noch nicht geleistet hat, eine Einwendung gegen den Empfänger zusteht. Diesen günstigen Erfolg erreicht man ohne Schwierigkeit, ohne auch nur eine Kleinigkeit an der hier vertretenen Konstruktion ändern zu müssen, ebenso wie bei der mangelhaften Ausstellererklärung auch bei der völlig fehlenden mittels der Rechtsschein- und Veranlassungstheorie.

Bevor wir diese Behauptung begründen, sei darauf hingewiesen, wie es schon in der Vorbemerkung und Ende des zweiten Teils geschah, daß hierbei keine Lücke durch Konstruktion ergänzt, vielmehr eine tatsächlich vorhandene gesetzliche Regelung mittels einer Interessenabwägung konstruiert wird.

---

[256] A. a. O. S. 36 ff.

Der Unterschied zwischen der mangelhaften Anweisung, die immerhin ein Vertragsangebot darstellt, und der völlig ungültigen, überhaupt fehlenden echten Ausstellererklärung besteht darin, daß die für das Entstehen des Rechtsscheins unbedingt erforderliche Vertrauensgrundlage fehlt. Nur beide Erklärungen zusammen, die echte des Ausstellers und die des Angewiesenen — erstere kann unbeschadet mangelhaft sein — ergeben den wirksamen Rechtsschein eines Vertrags, aus dem sich dann eine Verpflichtung für den Akzeptanten herleitet. Der Akzeptant muß also bei der gefälschten Anweisung trotz seines Akzeptes nicht leisten. Er hat die Einwendung, die sich „aus dem Inhalt der Urkunde" ergibt[257]. Hat er aber in Unkenntnis der Sachlage, nachdem er vorher akzeptiert hatte, doch geleistet, so ist ein Bereicherungsanspruch gegen den Empfänger ebenso gegeben, wie wenn er ohne Akzept geleistet hätte, weil ja in beiden Fällen die causa zur Leistung fehlt[258]. Die causa aber zur Leistung ist entweder der vollgültige Anweisungsvertrag oder der Rechtsschein eines solchen. Dieser Rechtsschein entsteht jedoch bloß durch zwei echte Erklärungen. Sie zusammen bilden die Vertrauensgrundlage, die den Schutz des Empfängers systematisch begründet, während die Veranlasser dieser Grundlage den Schaden zu leiden haben.

[257] So auch Herbert Meyer, Akzept, S. 113 Mitte.

[258] Meyer, Akzept, S. 113, Anmerkung 12, stellt die gefälschte Anweisung der mit Gewalt erpreßten Ausstellererklärung gleich.

Lebenslauf

Geboren am 5. Dezember 1898 zu Stuttgart als Sohn des Chemikers und Fabrikanten Dr. phil. Wilhelm Scharf und dessen Ehefrau Lina, geborenen Auwärter, verbrachte ich meine Schulzeit in Stuttgart, Ludwigsburg und Darmstadt. Nach bestandener Reifeprüfung trat ich im Januar 1917 als Fahnenjunker in's Heer ein, machte den Feldzug im Osten und Westen mit und schied aus dem Heeresdienst im Februar 1919 als Leutnant a. D. In der Folgezeit studierte ich die Rechtswissenschaften in Tübingen und München und legte Ende 1921 das Referendar-Examen in Tübingen ab. Von Anfang 1922 an bis heute absolvierte ich den Vorbereitungsdienst bei den Gerichten, bei Notar und Rechtsanwalt, betätigte mich kaufmännisch infolge des Todes meines Vaters in den väterlichen Betrieben und hielt mich längere Zeit geschäfts- und studienhalber im Ausland auf.